

الوسيط في المذهب

تصنيف

الشيخ الإمام حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى ٥٠٥ هـ

ومجمل

النتيخ في شرح الوسيط للإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي

شرح مشكل الوسيط للإمام أبو عمرو عثمان بن أحمد

شرح مشكلات الوسيط للإمام شرف الدين حمزة بن يوسف الحموي

تعليفة موجزة على الوسيط للإمام إبراهيم بن عبد الله بن أبي التمر

ولها تيسر لدولة

حقه وعلق عليه

محمد محمد تميم

المجلد السادس

دار السكائر

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

كافة حقوق الطبع والنشر والترجمة محفوظة

للمنشر

دار السالار للطباعة والنشر والتوزيع

لصاحبها

عبدلغادر محمود البكار

120 شارع الأزهر - ص.ب 161 الغورية

ت 2741750 - 2704280 - 2741578 فاكس 2741750

الطبعة الأولى 1417 هـ - 1997 م

رقم الإيداع 96/13868

التقييم الدولي I.S.B.N.

977-5147-73-5

كِتَابُ الْإِيْلَاءِ

وفيه بابان

أحدهما : في أركانہ .

والثاني : في أحكامہ .

الباب الأول في أركانه

وضورته أن يقول لزوجته: واللّه، لا أجامعك. ولقد كان هذا طلاقاً في الجاهلية، ثم غيّر الشرع حكمه، وقضى بأنّ الزوج بعد مُضيّ أربعة أشهر، يُجبر على الوطء أو الطلاق. والإيلاء في اللغة مُشتق من «الآيئة» وهي الحلف، ولكن عُرف الشرع خصّصه باليمين المعقودة^(١) على الامتناع من وطء المنكوحة.

وأركانه أربعة: الحالف، والمحلف به، والمحلف عليه، والمدة المحلف فيها^(٢).

الرُّكنُ الأولُ الحالِفُ

وهو كل زوج يُتصوّر منه الجماع. فقولنا: (زوج) يشمل أصناف الأزواج، من المسلم، والكافر، والحرّ، والعبد. وأبو حنيفة (رحمه الله) وإن خالف في ظهار الذمّي، فقد وافق في صحة إيلاء الذمّي^(٣).

ثم إذا رُفِعَ الذمّي إلينا، حَكَمْنَا عليه بحكم الإسلام حتى في إيجاب الكفارة.

ويخرج عن الضابط قول الرجل / لأجنبية: والله لا أجامعك أبداً، فإنه إذا نكحها لم يكن^(٤) ٢٠٣/أ

(١) في الأصل: «باليمين المعقود» والصواب ما في (أ)، (ب)؛ إذ لفظ «اليمين» مؤنث، فيجب تأنيث وظيفه.

(٢) في (ب): «بها».

(٣) مذهب الشافعية: أن الذمّي يصح منه الإيلاء. وهو مذهب أبي حنيفة والحنابلة أيضاً. انظر: الأم (٢١٧/٥). الوجيز (٧٢/٢). الإفصاح لابن هبيرة (١٦٢/٢). طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف ص (١٣٠). مختصر الطحاوي ص (٢١١). المقنع لابن قدامة ص (٢٤٨). المغني لابن قدامة (٣١٤/٧).

ومذهب المالكية: أنه لا يصح إيلاء الكافر. لكن لورضي الذمّي في الإيلاء بحكمنا، حكمنا عليه بذلك.

انظر: الكافي لابن عبد البر ص (٢٨١). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٢٦/٢)، (٤٣٠/٢).

أحكام القرآن لابن العربي (١٨١/١) وما بعدها.

(٤) في (أ): «لم يصح».

مؤثراً وإن كان الضرر حاصلًا، ولكن الإيلاء كان طلاقًا وتصرفًا في النكاح، فَعُتِرَ حكمه دون أصله؛ فلا يصحُّ من الأجنبي، وليس كلُّ ضررٍ يُدْفَع، وإنما المدفوع إضرارٌ من الزوج في حالة (١) الزوجية. وقد ذكر صاحب «التقريب» (٢) وجهًا غريبًا أن هذا إيلاءٌ. ولا يتجه إلا على قول غريب حكاه أيضًا في تعليق الطلاق بالملك على موافقة أبي حنيفة (رحمه الله) (٣)، وهو غير صحيح.

وأما الإيلاء عن الرجعية فصحيح، وإنما يُفِيد إذا راجعها؛ لأن العائد هو حلُّ النكاح الأول، فهي في حكم الزوجات.

وأما قولنا: (يُتَصَوَّرُ منه الجماع): فيدخل فيه المريضُ المدنف (٤)، والخصي، والمحبوبُ بعضُ ذكره، فيصحُّ إيلاءُ جميعهم؛ لإمكان الوطء منهم على حال. فأما الذي جُبَّ تمامُ ذكره، فقد اختلف فيه النصوص، وللأصحاب [فيه] (٥) طرق. ومنهم من قال: قولان، ووجهُ صحته: أنه إضرارٌ باللسان، فيمكنه الفَيْقَةُ باللسان، والاعتذارُ بالعجز، كما في المريض. ومنهم من قطع بالبطلان (٦)، وقال: القولان فيه (٧) إذا حلف، ثم جُبَّ (٨).

(١) في (أ): «حالية».

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي.

(٣) والقول الغريب الذي حكاه هو أن هذا يُعَدُّ إيلاءً مع أنه مع أجنبية. وهذا تخريج منه على تصحيح تعليق الطلاق بالملك، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إذا قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم تزوجها تكون طالقًا. وهذا غير صحيح وغير معتد به عند الشافعية. أما عند الحنفية فصحيح، إذ صححوا تعليق الإيلاء. انظر: مختصر الطحاوي ص (٢٠٩). الفقه الإسلامي (٧/٥٤٠).

(٤) في (أ): «المريض والضعيف المدنف». والمريض المدنف هو الذي لازمه المرض. ويقال أيضًا: «الدنف». انظر: المصباح المنير (١/٣٠٨) مادة (د ن ف).

(٥) زيادة من (أ).

(٦) وهو المذهب كما في الروضة (٨/٢٢٩).

(٧) في (أ): «فيما».

(٨) وهذا لا يطل إيلاؤه على المذهب. انظر الروضة (٨/٢٢٩).

ومنهم من قطع [القول] ^(١) بأنه - وإن جُبَّ بعد الحلف - أنه يبطل الإيلاء؛ ^(٢) لأنه أيضًا حصل اليأس من الحنث ، فهو كما لو قال : إن وطئتكَ فعبدي حرّ ، فمات العبدُ ، فإنه يبطل الإيلاء ^(٣) ؛ لحصول اليأس .

ثم إيلاء الرتقاء والقرناء ، كإيلاء الم محبوب فَيُخَرَّج على ^(٣) الخلاف .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(١) زيادة من (ب) .

(٣) في الأصل : « عن » وما أثبتته من (أ) ، (ب) ، وهو أليق .

الركن الثاني

المخلف به

والنظر فيه في ستة أقسام :

القسم الأول : الحلف بالله أو بصفة من صفاته - وهي الأصل ^(١) - وفيه مسألتان :

إحدهما : أنه لو وطىء ، هل يلزمه كفارة اليمين ؟ الجديد - وهو القياس - أنه يلزمه ؛ لأنه حنث في يمين بالله تعالى ^(٢) . وفي القديم قولان . ووجهه أن الإيلاء كان طلاقاً جاهلياً ، فغيّره الشرع وجعله موجباً للطلاق بعد مدة ، ^(٣) فكان حكمه بضرب المدة ^(٤) . وإيجاب الطلاق بدلً عن الكفارة ، ويشهد له ^(٥) قوله تعالى : ﴿ أَشْهَرُ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٦) . فإن هذا لا يشعر بلزوم الكفارة ، بل يُشعر بأنه يوجب المغفرة والرحمة . نعم ، لو حلف على أن لا يطأها ثلاثة أشهر ، ^(٧) تلزمه كفارة اليمين إذا حنث ^(٨) ؛ لأن هذا ليس بإيلاء ، وقيل بطرد القول القديم فيه أيضاً ، وهو بعيد .

المسألة الثانية : أن صحة الإيلاء ، هل تختص باليمين بالله تعالى أم يصح بالتزام العبادات ، وتعليق الطلاق ، وغيره ؟ الجديد : أنه لا يختص ^(٩) ؛ لأنه منوط بالإضرار ، والإضرار لا ينقطع رجاء المرأة ، ورجاؤها ينقطع إذا ظهر مانع للزوج ، وكما أن خوف الكفارة يمنع ، فكذلك خوف هذه اللوازم . وتوجيه القديم : أن الإيلاء ، مأخوذ من عادة

(١) في (ب) : « وهو الأصل » .

(٢) انظر : الأم (٥ / ٢١٧) .

(٣) في (أ) : « فكان حكمه - بعد - ضرب المدة » . والمدة هي أربعة أشهر ، كما في قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] .

(٤) من الآية (٢٢٦) من سورة (البقرة) .

(٥) في (أ) : « لذلك .. » .

(٦) في (أ) : « تلزمه الكفارة إذا حنث » . وفي (ب) : « تلزمه الكفارة إذا وطىء » .

(٧) انظر الأم (٥ / ٢٦٦) .

العرب - وهي اليمين بالله تعالى عندهم - فلا ينبغي أن يتصرف فيه بالمعنى . ولا تفريع بعدهذا على هذا القول أصلاً .

فرع : لو كرّر الإيلاء بعد تخلّل فضّل ، وقال : أردت التأكيد ، قُبِلَ على أحد الوجهين ؛ لأنه إخبارٌ ، فأشبهَ الإقرارَ دونَ الإنشاء ، وكذا في تعليق الطلاق خلافَ مُرتَّب ، وأولى بأن لا يُقبل ؛ لأنه بالإنشاء أشبه .

القسم الثاني : في الحلف بالتزام العبادات . فإذا قال : إذا جامعتك فلله عليّ صومٌ ، أو صلاةٌ ، أو عتق رقبة ، أو تصدّق بمالٍ : فهو مؤلٍ ، فإذا حنث ، ففيما يلزمه ، الأقوالُ المعروفةُ في يمين الغضب واللجاج ^(١) . نعم ، لو قال : إن وطئتكَ ، فلله عليّ صومٌ هذا الشهر ، لم يصحّ الإيلاء ؛ لأن المطالبة تتوجّه بعد انقضاء الشهر وانحلال اليمين .

القسم الثالث : الحلف بالعتق . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إن جامعتك ، فعبدي حرٌّ ، فمات العبدُ - أو باعه ، أو أعتقه - انحلّ الإيلاء بعد انعقاده ؛ لأنه خرج عن التعرض لالتزام شيء بالوطء . ولو قال : إن جامعتك فعبدي حرٌّ قبله بشهر ، صار مؤلياً ، ولكن تحسب مدة الإيلاء بعد مُضيّ شهرٍ ، فتكون المطالبة في الشهر السادس ؛ إذ لو وطئ في الشهر الأول ، لم يلزمه شيءٌ ، فإن العتق لا يمكن تقديمه على اللفظ ، فبعد تمام الشهر يتعرض للالتزام ، فلو باع العبدُ في منتصف الخامس ، طُوب في

(١) ليج في الأمر «لججا» و«لججا» . واللجاج هو تماحك الخصمين وتماديهما . ويمين الغضب واللجاج ، هو أن يقول أحد الخصمين للآخر : إن فعلت كذا فعليّ كذا ، وهو يمينٌ ، لا يُقصد به البرّ والتقرب إلى الله تعالى ، بل يقصد بذلك منع نفسه مما حلف على فعله أو تركه . وفيما يلزمه ثلاثة أقوال في المذهب الشافعي :

(الأول) : وجوب ما التزمه والوفاء به .

(الثاني) : نجب كفارة يمين ؛ لأنه قصد بهذا القول المنع النفس من الفعل أو الترك فهو كاليمين .

(الثالث) : التخيير بين الوفاء بما التزمه أو أداء الكفارة ؛ لاحتمال اللفظ للنذر والكفارة .

والقول الأول هو الأقوى في المذهب ، والثاني أشهر . انظر : الغاية القصوى في دراية الفتوى (١٠٠٢/٢) . المصباح

النير ص (٨٤٦/٢) . القاموس المحيط ص (٢٦٠) مادة (ل ج ج) .

السادس ؛ لأنه لو وطئ ؛ لتبين بطلان البيع وتقدم العتق عليه . ولو تركت المطالبة حتى انقضى من وقت البيع شهرٌ كاملٌ : سقطت المطالبة ؛ إذ سقط التعرضُ التزام .

الثانية : إذا قال : إن وطئتكَ فعبُدْ حرٌّ عن ظهاري - وكان قد ظاهر - صار مؤلّيا ، وعند الوطء يُعتق العبدُ عن الظهار ، ويكون الالتزام الجديدُ في الإيلاء ، تعيين العبد ، وتعجيل العتق ؛ فإن ذلك لم يُوجِبْهُ الظهار . وفيه وجهٌ : أنه يعتق ولا ينصرف إلى الظهار ؛ لأنه يتأدّى ^(١) به حقُّ الحنث ، فلا يتأدّى به حقُّ الظهار . وطرّدوا هذا فيما لو قال : « إن دخلت الدارَ فأنت حرٌّ عن ظهاري ، وهو بعيدٌ ؛ فإن التعليق ليس فيه إلا إضافة العتق إلى زمان ، فهو كالتنجيز .

أما إذا لم يكن قد ظاهر فلا يكون مؤلّيا بينه وبين الله تعالى . ولو وطئ لم يعتق عبده ؛ لأنه قال : أنت حرٌّ عن ظهاري ، ولا ظهَارَ ، ولكن ^(٢) في الظاهر يجعل مُقِرّاً / بالظهار ، ويُعتق ٢٠٣/ب عبده عند الوطء ، ويُجعل مؤلّيا لذلك .

الثالثة : إذا قال : إن جامعتك فعبدي حرٌّ عن ظهاري إن تظَهَّرْتُ ^(٣) . فهذا تعليقٌ لعتق العبد بصفتين : بالوطء والظهار ^(٤) ، وحكمه أنه لو وطئ أو لا لم يعتق ، ولكن يتعرض للزوم لو ظاهرَ ، فيعتق العبد لا على ^(٥) جهة الظهار ؛ ^(٦) لأنه قدّم ^(٦) تعليقه على الظهار ، فلا ينصرف إليه . ثم قالوا : لا يصير مؤلّيا في الحال ، ولكن لو ظاهر أو لا صار مؤلّيا ؛ لأنه صار العتق متعلّقا بالوطء . ثم قالوا : « إنه يعتق لا من ^(٧) جهة الظهار » ؛ وهذا فيه نظر ؛ لأنه إذا لم ينصرف إلى الظهار ، فينبغي أن لا يعتق ، كما إذا قال : أنت حر عن ظهاري ، ولم يكن قد ظاهرَ ، فإنه لا يعتق باطنا كما ذكرناه . ثم إذا لم يعتق لا يصير ^(٨) مؤلّيا ؛ لأنه لا التزام ، إلا أن يقال : يلغى قوله : عن ظهاري ؛ لأنه جعل العتق محالاً ، وبقي قوله : أنت حر ، فهذا له احتمالٌ ، ولكن في

(٢) في (أ) : « لكنه » .

(١) في (ب) : « تأدّى .. » .

(٤) قوله : « بالوطء والظهار » ساقط من (أ) .

(٣) في (ب) : « إن ظاهرْتُ » .

(٦) في (أ) : « لأنه قد تقدم » .

(٥) في (أ) : « .. عَنْ .. » .

(٨) في (أ) : « فلا يصير » .

(٧) في (ب) : « .. عَنْ .. » .

المسألين جميعاً ، أعني في التعليق ^(١) ، وفي قوله : أنت حر عن ظهاري ، إذا لم يكن قد ظاهر .

الرابعة : إذا قال : إن جامعتك فلله عليّ أن أعتق هذا العبدَ عن ظهاري ، فكونه مؤلّياً يبنى على أن العبد هل يتعين بالنذر ويُعتق بعتيّ سَبَقَ لزومه ؟ فيه خلافٌ سيأتي في النذور .

القسم الرابع : في الحلف بالطلاق . وفيه مسائل :

إحداها : أنه لو قال : إن وطئتكَ فأنت طالقٌ ثلاثاً ، فهو مؤلّ على الجديد ، ثم يُطالب بالفيئة أو تنجيزِ الطلاق . ويقال له في الفيئة : عليك تغييب الحشفة ، والنزع في الحال متصلاً بالتغيب من غير مكث ، فإنه يقع به الثلاث وتحرم . ويقع النزع في حال التحريم ، ولكنه كالحروج من المعصية ، فلا بأس به . وقال ابن خيران : يحرم الوطء ؛ إذ وصلّ النزع ^(٢) غير ممكن . ويتجّه مذهبه أيضاً ؛ فإن النزع أيضاً نوعٌ مماسية ، والخروج عن الملك المغصوب جائز للضرورة ، ولكنّ تعريض النفس لمثل ذلك - بالاختيار - غير جائز .

فرع : لو قال لغير المدخول بها : إن وطئتكَ ، فأنت طالق ، فهو مؤلّ ^(٣) ، فإن ^(٤) وطئها وقع الطلاق رجعيًا وإن كان الطلاق مقارناً للوطء غير متأخّر عنه ؛ لأن الوطء مقرّر ^(٥) ، والطلاق مُبَيّن - فقد اجتمعا - فغلب جانبُ تقرير النكاح .

الثانية : إذا قال : إن وطئتكَ فصرّتكَ طالقٌ ، فهو مؤلّ ، فإن أبان الصّرة انقطع الإيلاء ؛ لزوال الالتزام . فإن جدّد نكاحها وقلنا بعود الحنث : عاد الإيلاء ، فتُبْنى المدة على ما مضى من المدة قبل الطلاق ، وما تخلّل في مدة الإبانة لا يُحسب ، ولا تستأنف المدة بخلاف الردة والرجعة إذا طرعا ، كما سيأتي .

الثالثة : إذا قال : إن وطئتُ إحداكما فالأخرى طالقٌ ، فهو مؤلّ ، قال ابنُ الحداد : إذا مضت المدة ، وجاءتا إلى القاضي طالبتيّ ، طلق القاضي إحداهما على الإبهام ، ثم إن كان

(٢) في (ب) : « التزويج » .

(٤) في (أ) : « فلو » .

(١) في (ب) : « العتق »

(٣) في النسخ الثلاثة : « مؤلّي » .

(٥) في (ب) : « تقرر » .

الزوج قد نوى إحداهما، نُزِّل على المنوِّية، وعلى الزوج البيان. وإن كان قد أبهم بقى مُبهما، ووجب على الزوج التعيين. فلو قال قبل التعيين: راجعت التي صادفها الطلاق، ففي صحة الرجعة مع الإبهام وجهان، والأصح: أنها إذا لم تقبل التعليق، فلا تقبل الإبهام. قال القفال: غلط ابن الحداد؛ لأن الدعوى لا تصح مُبهماً^(١)، وهما معترفان بالإشكال، وهما كرجلين قالوا عند القاضي: لأحدنا على فلان ألف، فإنه لا يُسمع. لكن يتجه لابن الحداد أن الضرر^(٢) قد تحقق بهما^(٣)، ولا بُدَّ من الرفع عنهما.

القسم الخامس: في اليمين التي تقرب الوطء من الالتزام. وفيه صيغ:

الأولى: إذا آلى عن نسوة فقال: والله لا أجامعكن، وإنما تلزمه الكفارة إذا جامع جميعهن، فلا تتعلق كفارة^(٤) بوطء واحدة، ولكن يتعلق به القرب من الحنث بوطء الباقيات، فالجديد: أنه لا يصير مؤلماً حتى يوطأ ثلاثاً منهن فيصير مؤلماً في حق الرابعة؛ إذ تتوقف الكفارة على وطئها^(٥). والقول القديم: أنه مؤل؛ لأن القرب من اللزوم محذور كأصل اللزوم^(٦). فعلى هذا، لو وطئ واحدة سقط إيلاؤها دون البواقي، وكذلك لو طلق واحدة. أما إذا ماتت^(٧) واحدة سقط إيلاء الكل؛ إذ حصل اليأس عن جماع جميعهن، وبه يقع الحنث.

الصيغة الثانية: أن يقول: والله، لا أجامع كل واحدة منكن، فهذا إيلاء؛ إذ يتعلق الحنث بكل واحدة. ولو قال: لا أجامع واحدة منكن، فله ثلاثة أحوال:

(إحداها): أن يُريد به لزوم الكفارة بواحدة - أي واحدة كانت على العموم - فهو مؤل؛ إذ ما من واحدة يوطؤها إلا وتلزمه الكفارة. ولكن إذا وطئ واحدة انقطع إيلاء الباقيات؛ إذ

(١) في (ب): «منهما».

(٢) في (ب): «الضرر».

(٣) في نسخة أخرى (ج): «قد لحق بهما» كذا على هامش الأصل.

(٤) في (أ): «الكفارة».

(٥) انظر الأم (٥/٢٦٩).

(٦) انظر القول القديم في مختصر المزني ص (١٩٩).

(٧) في الأصل «مات»، والمثبت من (أ)، (ب).

اليمين لا يتناول إلا / واحدة .

(الثانية) : أن يقول : أردت واحدة معينة مبهمّة وعليّ تعيينها ، أو قال : نويت واحدة بعينها ، وعليّ بيانها : انعقد الإيلاء كذلك ، ويُطالب بالبيان أو التعيين . وقال الشيخ أبو علي : لا إيلاء ؛ لأنّ كلّ واحدة ترجو أن لا تكون هي المرادة أو المعينة بالإيلاء ، فكيف يساوي هذا اليأس المحقق في معينة . وهذا متجّه^(١) إن اعترفت بالإشكال ، فإن ادّعت أنه عنها - وجب عليه الجواب لا محالة .

ثم إذا لم يكن قد عيّن - فعين - فتحسب المدة من وقت التعيين ، أو من وقت اليمين ؟ فيه خلافٌ ينبني على أن الطلاق المبهم ، متى قع ؟ كما ذكرناه في الطلاق .

(الحالة الثالثة) : أن يُطلق هذه الصيغة ، فعلى أيّ المعنيين يُحمل^(٢) ؟ فيه وجهان ؛ لتعارض الاحتمالين .

الصيغة الثالثة : إذا قال : والله ، لا أجامعك في السنة إلا مرة واحدة ، فالوطء يُقرّبه من الحنث ، فيكون مؤلّياً على القديم دون الجديد . وعلى الجديد : إذا وطئها صار مؤلّياً ،^(٣) فينظر إلى بقية المدة من السنة ، فإن كانت دون أربعة أشهر فليس بمؤلٍ ، وإن زاد صار مؤلّياً^(٤) من وقت الوطء . ولو قال : والله ، لا أجامعك في السنة إلا مائة مرة - أو ألف مرة - فحكمه حكم المرة الواحدة ، لا تختلف بالكثرة والقلة .

الصيغة الرابعة : إذا قال : إن جامعتك مرة ، فوالله ، لا أجامعك بعدها^(٥) ، فهذا تعليق يمين بالوطء : فمنهم من قطع بأنه ليس مؤلّياً ؛ لأنه ليس بحالف في الحال حتى يطأها^(٥) مرة . ومنهم من خرّج على القولين ؛ لأنّ الوطء يُعرّضه لأنّ يصير حالفاً .

(١) في (ب) : « يتجه .. » .

(٢) يعني يُحمل على التعميم أو التخصيص بواحدة . والأصح هو الحمل على التعميم ، وبه قطع الإمام البغوي (رحمه الله) كما في روضة الطالبين (٨ / ٢٤١) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٤) في (ب) : « بعده » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « حتى يطأ .. » .

ولو قال : إن وطئتكَ فأنت طالقُ إن دخلتِ الدار ، قال القاضي : هو مؤول قطعاً ؛ لأن الوطء يصير مانعاً لها عن الدخول^(١) ، ومنهم من خرج على القولين ؛ إذ لا فرق بين المسألتين .

فرع : إذا قال : إن وطئتكَ ، فوالله لا أطؤك ، فغيب الحشفة ، ثم عاد إلى الإيلاج ثانياً ، ففي لزوم الكفارة خلاف . والأوجه : أنَّ الوطء يتناول جميع الإيلاجات . فلا يحث بالوطء الأولى ، ويلتفت إلى خلاف في وجوب المهر ، إذا كان المعلق به ثلاث طلاقات .

القسم السادس : في شروط لفظ الإيلاء . وفيه مسائل :

الأولى : أن الكناية لا تنطرق إلى لفظ اليمين من الإيلاء ، فلو آلى عن امرأة ، ثم قال لأخرى : أشركتكَ معها ، لم يصير مؤلماً ؛ لأن عماد الإيلاء ذكر اسم الله تعالى ، وفي مثله من الظهار خلاف مبني على أن المغلب فيه^(٢) اليمين أو الطلاق ؟ ولا خلاف في جواز الإشرak^(٣) في نفس الطلاق . وأما إذا قال : إن دخلتِ الدار فأنت طالق ، ثم قال لغيرها : أشركتكَ معها ، وأراد تعليق طلاق الثانية بدخولها في نفسها لا بدخول الأولى ، ففي ذلك خلاف .

ولو قال : أنت علي حرام - ونوى الإيلاء - فالظاهر أنه لا ينعقد كلفظ الإشرak ، والثانية^(٤) : أنه ينعقد ؛ لأن هذا اللفظ ورد في القرآن لإيجاب الكفارة^(٥) .

الثانية : في تعليق الإيلاء . وهو صحيح ، كقوله : إن دخلتِ الدار فوالله لا أطؤك ، ولو

(١) في (أ) : « عند الدخول » .

(٢) في (ب) : « .. الاشتراك » .

(٣) في (ب) : « الغالب » .

(٤) في (أ) : « والثاني » .

(٥) يعني قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ . قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ... ﴾ [الآيتان ٢٠١ ، ٢٠٢] من سورة (التحریم) .

وقد اختلف المفسرون في سبب نزول هذه الآيات على ثلاثة أقوال . فقيل : نزلت في شأن الواهبة نفسها . وقيل : نزلت في شأن مارية القبطية حين حرمها النبي ﷺ على نفسه ، وقال : « أنت علي حرام ، والله ، لا أتيتك » . والثالث : أنها نزلت عند ما حرم النبي ﷺ العسل على نفسه . انظر : تفصيل ذلك في أحكام القرآن لابن العربي (١٨٤٤/٤) وما بعدها .

قال : والله لأُجامعك إن شئت ، فقالت : شئت ، صار مؤلّيا . وهل تختص المشيئة بالمجلس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما في الطلاق ^(١) .

والثاني : ^(٢) لا ، كما في التعليق بالدخول ^(٣)

وقال مالك (رحمه الله) : إذا علّقَ بمشيئتها لم يكن مؤلّيا ؛ لأنها التي أضرتّ بنفسها ^(٤) ، إلا أن الشافعيّ (رضي الله عنه) ليس ^(٥) يعتبر ذلك ، فإنها لو تركت المطالبة بعد انقضاء المدة ، فلها العود إلى المطالبة ؛ لأنها تترك على توقّع ، فلذلك تشاء ^(٦) على توقّع أن الزوج يخالف مشيئتها ويطؤها .

الثالثة : أنه لا يشترط اقتران الغضب بالإيلاء عندنا ، وقال مالك (رحمه الله) : لا يكون مؤلّيا إلا في حالة ^(٧) الغضب ^(٨) . وهو بعيد ؛ إذ الضراؤ حاصل بكل حال .

(١) والأصح أنه تُعتبر مشيئتها على الفور . انظر الروضة (٨ / ٢٤٤) .

(٢) في (ب) : « لا ، كالتعليق بالدخول » .

(٣) انظر : الأم (٥ / ٢٦٧) . مختصر المزني (١٩٨) . الوجيز (٢ / ٧٤) . المقنع ص (٢٤٨) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣٠٥) .

(٤) في (أ) : « لا » . (٥) في (ب) : « شاءت ... » .

(٦) في (أ) : « في حال » .

(٧) مذهب الشافعية : أنه لا يشترط اقتران الغضب في الإيلاء ، ومن آلى في حال الرضا فهو مؤلّ أيضا . وهذا قول أبي حنيفة (رحمه الله) ومذهب الحنابلة أيضا . انظر : الأم (٥ / ٢٦٨) . مختصر المزني ص (١٩٨) . الوجيز (٢ / ٧٥) . روضة الطالبين (٨ / ٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٤) .

ومذهب المالكية : أنه لا يكون مؤلّيا إلا في حالة الغضب ، إذ فيه يظهر قصد المضارة ، ولذلك إذا حلف لا يطؤها ما دامت ترضع ولدها ، فليس هذا - عندهم - بإيلاء ؛ لأنه قصد المصلحة لا إيقاع الضرر بها . ولذلك عندهم إذا امتنع من الوطء - ولو لم يحلف - قاصدا الإضرار ، كان حكمه حكم المؤلّي ، وترفعه إلى الحاكم إن شاءت ويُضرب له الأجل من يوم ترفعه لوجود معنى الإيلاء في ذلك ، فإن الإيلاء لم يرد ليعينه ، وإنما ورد لمعناه ، وهو =

الركن الثالث

في المدة المحلوف عليها

والمطلَّق منه قوله : لا أجامعك . والمقيّد قوله ^(١) : لا أجامعك سنة . فإن حلف على أربعة أشهر فما دونه ، لا يكون مؤثماً ؛ لأنه قاصر عن المدة الشرعية . ولو حلف على خمسة أشهر فهو مؤثم ، ولكن لا تظهر فائدته ^(٢) في المطالبة . ولو حلف على أربعة أشهر ولحظة ، فهو مؤثم على معنى أنه يأثم ، ولكن لا تظهر فائدته ^(٣) في المطالبة . ولو حلف على أربعة أشهر ، فلما كان في الشهر الرابع حلف على أربعة أخرى ، ^(٤) ولم يزل كذلك يفعل أبداً ^(٥) ، فليس مؤثماً ، وإن كان الضرر حاصلًا .

ولو قال دفعه : لا أجامعك أربعة أشهر ، فإذا انقضت ، فوالله لا أجامعك أربعة أشهر . وهكذا حتى استوفى مدة طويلة ، فالصحيح : أنه ليس بمؤثم ^(٦) ؛ لأنه إذا انقضى أربعة أشهر ، فكيف يطالب بحكم اليمين الأولى ، وقد انحلت ، أو بحكم اليمين الثانية ولم ينقضي منها إلا لحظة ؟ ، وفيه وجه : أنه إذا فعل ذلك مرة واحدة ، فهو مؤثم ؛ لأنه يصير ذريعة إلى الإضرار ، ويلزم عليه ما لو فعل ذلك آخر كل أربعة أشهر / وهو بعيد .

ب/٢٠٤

ولو قال : إذا مضت خمسة أشهر ، فوالله لا أطوك ، لا يصير مؤثماً حتى تنقضي خمسة أشهر ، فبعده تُستفتح المدة . ولو قال : والله لا أطوك خمسة أشهر ، وإذا انقضت ، فوالله لا أطوك سنة . فإذا انقضى أربعة أشهر ، طُوب بالفيئة في الشهر الخامس ، فإن فاء انقطعت الطلية في الشهر الخامس ، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحنا مدة أربعة أشهر لليمين الثانية

= المضارة وترك الوطء . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (١٧٨/١) . الإفصاح لابن هبيرة (١٦١/٢) . المغني لابن قدامة (٣١٥ / ٧) .

(١) في (ب) : « كقوله .. » . (٢) في (أ) : « فائدة » .

(٣) في (أ) : « ولم يزل يفعل كذلك أبداً » .

(٤) وليس معنى هذا أنه غير آثم بفعله ذلك ، بل يأثم لقضيه الإضرار ، وإن كان لا يتعلق به حكم الإيلاء ، من ضرب المدة له ، والتطليق عليه إذا أتى الفيئة . ولذلك قال النووي (رحمه الله) في الروضة (٢٤٦/٨) : « قلت :راجع تأنيبه » .

ولو قال : لا أطوك حتى تصعدي ^(١) السماء ؛ أو ينزل عيسى (عليه السلام) ، أو يخرج الدجال ، أو يقدم فلان ، وهو على مسافة - يعلم أنه لا يقدم في أربعة أشهر - فهو مؤل قطعاً .
^(٢) ولو أقت بدخول دار ، أو قدوم زيد ^(٣) : لم يكن مؤلياً في الحال ، فإذا انقضى أربعة أشهر فهل نطاليه ^(٤) بالفيئة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الوطاء في هذه الحال موجب للكفارة .

والثاني : أنه لا يطالب ^(٥) ؛ لأن القدوم والدخول مُنتَظَر في كل حال ^(٦) .

ولو أقت بموت زيد ، فمنهم من قال : هو كقدوم زيد . ومنهم من قطع بأنه مُطالب ^(٧) ؛ لأنه كالمستبعد في الاعتقادات . ولو أقت بموت الزوجين ، فهو إيلاء لا محالة ؛ لأنه حصل اليأس في العمر ، وصيغته أن يقول : لا أطوك ما عشتُ أو عشت .

* * *

(١) في الأصل : « حتى تصعد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولو أقت بقدوم زيد أو بدخول دار » .

(٣) في (ب) : « يُطَالَب » . (٤) في (ب) : « لا نطاليه » .

(٥) وهذا الوجه هو أصح الوجهين ، وعلمه النووي (رحمه الله) بقوله : « لأنه لم يتحقق قَضُ المضارة أولاً ، وأحكام الإيلاء منوطة به لا بمجرد الضرر بالامتناع من الوطاء ، ولهذا لو امتنع [من الوطاء] بلايين ، لم يكن مؤلياً » . انظر الروضة (٨ / ٢٤٨) .

(٦) في (ب) : « يطالب » .

الرُّكْنُ الرَّابِعُ في أَلْفَاظِ المَحْلُوفِ عَلَيْهِ

وهي ثلاثة أقسام : الأول : ما هو صريح لا يقبل التأويل ، ولا يُدَيَّن . كلفظ « النيك » وإيلاج الذكر في الفرج ، وتغييب الحشفة في الفرج ^(١) . وكذلك قوله للبكر : لا افتضتِك . فلو فُسِّر بالضم والأعناق ^(٢) لم يُدَيَّن على الأصح ^(٣) .

القسم الثاني : ما هو صريح في الظاهر ، ويتطرق إليه التَّدْيِنُ ، وهو « الوطء » ، وكذلك « الجماع » لكثرة الاستعمال . وأما « الإصابة » فألحقه الشيخ أبو علي بالجماع ، وهو بعيدٌ . أما المباشرة والملاسة والمباضعة - وما يجري مجراه - ففيه قولان :

أحدهما : أنها صريحة كالجماع ؛ لأن العادة في الجماع التحاشي عن الصريح ^(٤) .
والثاني : أنها كنايةات ؛ لأنها بالوضع غير صريح ، وعادة الاستعمال ^(٥) ليس يتضح ^(٥) فيه كما في الجماع ^(٦) .

القسم الثالث : الكنايةات قولاً واحداً ، وهو كقوله : لأَبْعَدَنَّ عَنْكَ ، ولا يجمع رأسي ورأسك وسادةً ، ولا شئونك . وفي لفظ « القربان » و « الغشيان » وجهان :
أحدهما : أنهما كنايةتان . والثاني : أنهما في معنى المباشرة والمباضعة .
فأما إذا قال : والله ، لا أجامعك في دُبُرِكَ - أو في الحيض والثفاس - فهو مُحْسِنٌ وليس بمؤلٍ ^(٧) .

* * *

(١) قوله : « في الفرج » ساقط من (ب) . (٢) في (ب) : « والاعتناق » .

(٣) تعني يُحْكَم عليه قضاء بالإيلاء ، ولا تُسمع دعواه أنه أراد غير ذلك من المعاني ، فيترك لِدِينِهِ ؛ وذلك لأن هذه الألفاظ لا تتحمل إلا معنى واحداً . (٤) وهو القديم من قولِي الشافعي (رحمه الله) .

(٥) في (أ) : « ليست تتضح » . (٦) وهذا هو الجديد من قولِي الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (٨/٢٥٠) .

(٧) في الأصل « فهو فحش » والمثبت من (ب) وهو الصواب ، ويعني أنه مُحْسِنٌ في تركه الوطء في هذه الأحوال ، وليس هذا منه بإيلاء . ويدل عليه ما قاله الشافعي (رحمه الله) في الأم : « وإن قال : والله لا أجامعك في دبرك ، فهو مُحْسِنٌ غير مؤلٍ ؛ لأن الجماع في الدبر لا يجوز » . الأم (٥/٢٦٦) . وانظر : . روضة الطالبين (٨/٢٥١) .

الباب الثاني في حكم الإيلاء الصحيح

ومجموع ما يترتب عليه أحكام :

أولها : ضرب المدّة .

والثاني : المطالبة بالفيئة .

والثالث : دفع المطالبة بفيئة أو طلاق .

والرابع : ما تقع به الفيئة . فتشرحها في فصول :

* * *

الفصل الأول

في المدة

وفيه مسائل :

الأولى : أن المدة تحسب من وقت الإيلاء من غير حاجة إلى القاضي ، بخلاف مدة العتة ، فإنها تُحسب من وقت ضرب القاضي المدة ؛ لأنها متعلقة^(١) بالاجتهاد وهذا منصوص في الكتاب^(٢) وسببه أن النسوة - في غالب الأمر - لا يصبرن عن الرجال مع اليأس عن الوقوع في أكثر من أربعة أشهر ، وإنما يشترط زيادة على الأربعة ؛ لوقوع المطالبة^(٣) بعد المدة ، وأن المدة مَهْلَةٌ لِلْخَيْرَةِ . وأبو حنيفة (رحمه الله) رأى الطلاق واقعا بمضي المدة ، فلم يشترط زيادة على أربعة أشهر^(٤) .

الثانية : لا تختلف هذه المدة عندنا بالزرق والحرية ؛ فإنه أمرٌ يتعلق بالشهوة والطبع ، فهو كمدة العتة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : الحرة تتربص أربعة أشهر ، والأمة شهرين . وقال

(١) في (ب) : « معلقة ... » والضمير يعود على « العتة » .

(٢) قوله : (وهذا منصوص في الكتاب) يعني أن « مدة الإيلاء » منصوص عليها في القرآن ، وهي أربعة أشهر من وقت إيلائه ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبِصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ... ﴾ [الآية : ٢٢٦] من سورة البقرة .

(٣) في (ب) : « لتقع المطالبة .. » .

(٤) مذهب الشافعية : أن مدة « الإيلاء » أكثر من أربعة أشهر ، حتى يمكن مطالبته بالفيقة أو الطلاق . وهو مذهب المالكية والحنابلة . فإن أتت الفيقة والطلاق ، طلق عليه القاضي طلاقاً واحدة رجعية . وعن الإمام أحمد رواية أنه يُحبس حتى يُطلق . انظر : الأم (٢٧١ / ٥) . مختصر المزني ص (٢٠٠) . مغني المحتاج (٣ / ٣١٥) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٠) . بداية المجتهد (٢ / ١١٨) وما بعدها . القوانين الفقهية ص (٢٤٦) . الثمر الداني في تقريب المعاني ص (٤٧٥) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٩) . المغني (٧ / ٣٣١) .

ومذهب الحنفية : أن مدة الإيلاء أربعة أشهر ، يفيء فيها إن شاء ، فإن مضت الأربعة الأشهُر ولم يفيء ، طلقت المرأة طلاقاً بائنة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٧) . الهداية (٢ / ٢٩٠) .

مالك (رحمه الله) : تختلف برِّق الزوج وحرِّيته ^(١) .

الثالثة : في قواطع المدة . فإن طلقها طلاقاً رجعيّاً قبل مُضيّ المدة : انقطعت ، فإن راجعها استأنفنا المدة ؛ لأنها قد حرمت بالطلاق ، ولا بد من إضرارٍ على التوالي في المدة .

والردة بعد الدخول كالطلاق الرجعي . والطلاق الرجعي بعد المدة يقطع المدة . فإن جرت رجعة ، فاستأنف المدة أولى ؛ فإن الطلاق إجابة إلى المطالبة ، فقد أجاب مرة ، فلا يُطالب حتى يمتنع أربعة أشهرٍ آخر . وألحقوا الردة أيضاً بالطلاق ، وهو أبعد ؛ لأنه ليس إجابة لمطالبته ^(٢) .

أما الذي لا يقطع المدة - كالصوم والإحرام من جهته - فلا يُؤثّر ، لا طارئة ولا مقارنة ^(٣) ، وكذلك الأعذار الطبيعية ، كمرضه ، وكونه محبوساً ، وكما لو طرأ الجنون عليه ، فلا تمنع تيك الأعذار انعقاد المدة ولا دَوامها . أما الموانع فيما ^(٤) يمنع احتساب المدة ، فكإحرامها ، وصغرِها ، ونُسوزها ، أو كونها محبوسةً ، أو مجنونةً ، أو مريضةً / لا تحتمل الجماع . ٢٠٥/أ

(١) مذهب الشافعية : أن المدة - وهي أربعة أشهر - لا تختلف ، والريقُّ والحرُّ فيها سواء . وهو مذهب الحنابلة . وفي رواية عن أحمد (رحمه الله) أن إيلاء العبد شهران . انظر : الأم (٥ / ٢٧١) . مختصر الزني ص (١٩٩) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أن إيلاء العبد كالحُر ، وإنما ينظر في ذلك إلى الزوجة ، لا إلى الزوج ، فإن كانت الزوجة أمةً ، فالإيلاء منها شهران ، وإن كانت حرة ، فالإيلاء منها أربعة أشهر . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٧) . الهداية (٢ / ٢٩٢) .

ومذهب مالك : أن المدة بحسب رِق الزوج وحرّيته ، فالعبد إيلاؤه شهران في الحرة والأمة . انظر : الكافي ص (٢٧٩) . بداية المجتهد (٢ / ١٢٢) . الثمر الداني ص (٤٧٥) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٦٢) .

(٢) قوله : « لمطالبته » ساقطة من (ب) .

(٣) قوله : « لا طارئة ولا مقارنة » يعني سواء كان الصوم والإحرام مقارنين للإيلاء ، أو طارئين عليه .

(٤) في الأصل : « فيها » والمثبت من نسخة أخرى كما على هامش الأصل . وكلمة (كإحرامها) في الأصل بدون الفاء ، وهذا أمر معتاد في هذا المخطوط .

ثم هذه الأحوال إذا طرأت ، قطعت المدة ، فإن زالت ، تستأنف المدة ؟ أو تبتنى على ما مضى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الاستئناف ، كالطلاق والردة من الزوج ^(١) .

والثاني : أنه يُبتنى ؛ لأنّ هذا لم يقطع النكاح حتى تنقطع المدة المبنية عليه ، وإنما هذه أَعْدَاؤُ تمنع المطالبة ، فإذا زالت عادت المطالبة . والمذهب القطع بأنها إذا طرأت بعد المدة ، لم تُوجب الاستئناف ، وقيل بطرد الوجهين . وهو ضعيف .

وأما صومها فلا يمنع الاحتساب ؛ لأن التمكين ^(٢) حاصل بالليل ، وفي التطوع بالنهار ، فليس ذلك عُذْرًا مانعًا .

الرابعة : إذا تنازعا في انقضاء المدة ، فيرجع حاصله إلى النزاع في وقت الإيلاء ، والقول فيه قوله مع يمينه .

* * *

(١) وهذا الوجه هو الصحيح الذي قطع به جمهور الشافعية كما في الروضة (٨ / ٢٥٣) .

(٢) في (ب) : « التمكّن » .

الفصل الثاني

في المطالبة

وفيه مسائل :

أحداها : أنَّ لها رَفَعَ الأمر إلى القاضي ، فإن تركت المطالبة - أو رَضِيت - فلها العودُ مهما تشاء^(١) ، بخلاف ما إذا رَضِيت بعيب الزوج ، أو رَضِيت بعد مُدَّة العُتَّة ؛ لأن ذلك عَجَزٌ وعيبٌ في حكم خصلة واحدة ، فرضاؤها به يُسقط حقَّها ، وأما هذا^(٢) ، فيحمل الرضا فيه على توقُّع الحث ، كما يُحمل رضاها - عند الإعسار بالنفقة - على توقُّع اليسار .

الثانية : لا مطالبة لغير الزوجة ، فإذا رَضِيت ، لم يكن للولي ولا لسيد الأمة المطالبة ، ولا لوليِّ المجنونة والصغيرة ؛ لأن هذا لا يَقْبَل الثَّيَابَة .

الثالثة : لا مطالبة لها إذا كان فيها مانعٌ طَبْعًا ، كالمرض العظيم ، والرتق ، والقرن . أو شرعًا ، كالحيض . والعجب : أن الحيض يمنع المطالبة ولا يقطع المدة ؛ لأن ذلك يتكرَّر في الأشهر مرارًا . نعم ، إذا فرغنا - على قول بعيد - في صحة الإيلاء عن الرِّقَاء ، كان لها المطالبة بالفيئة باللسان .

الرابعة : إذا كان المانع فيه :

إن كان طَبْعًا ، فلها مطالبته^(٣) ليفيء باللسان ، ويعتذر وَيَعِدُ الوطء^(٤) ، وذلك يدفع الضرر .

فإن كان شرعًا - كالظَّهَار ، والصوم ، والإحرام - قطع المرازمة بأنه لا يكفيه الفيئة باللسان ، وللمرأة المطالبة ، وعليه أن يُطَلَّق . فإن وطئ ، اندفعت المطالبة مع كونه حرامًا . ونقول : أنت مُحَيَّر بين أن تَعْصِي بالوطء ، أو تُطَلَّق ، وأنت قد وَرَّطْتَ نَفْسَكَ فيه . وقال

(٢) يعني « الإيلاء » .

(١) في (ب) : « شاءت » .

(٤) يعني يعدها بالوطء إن زال عذره .

(٣) في (ب) : « المطالبة » .

مالك (رحمه الله) : الوطء في الإحرام لا يُسقط المطالبة ^(١) .

أما العراقيون ، فبنوا على جواز التمكين وقالوا : « إذا كانت مُحَرِّمَةً ، أو حائِضًا ، فطالَبَها بالتمكين لم يَحِلَّ لها » .

وإن كان الزوج مُحَرَّمًا ، أو صائِمًا عن فرضِ فطالَبَها ، فهل يحلُّ التمكينُ ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ لأن هذا الوطءَ معصيةٌ ، فكيف يُمكنُ منه ^(٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن المعصية تختصُّ بالزوج ، والوطءُ حقُّه ، فعليها التَّوْفِيقُ وإن كان المستوفي عاصيًا .

ولا خلاف في أن للرجعية الامتناع ؛ لأنَّ الطلاقَ متعلِّقٌ بها ، واختلفوا في أن الظهار كالإحرام ، أو كالطلاق ؟ . ثم قالوا : إن قلنا : عليها التمكينُ ، فلها المطالبةُ . فإن قصدَ الزوجُ الوطءَ وامتنعتْ ، سقط طلبُها . وإن حرَّمتنا التمكينَ فعليها الامتناعُ . وهل لها الإِرْهاق إلى الطلاق ؟ فيه وجهان : أحدهما : لها ذلك ، والزوج هو الذي ورَّط نفسه فيه .

والثاني : لا ، بل يُكتفى بوعدٍ كالمانع الطَّبْعِي .

(١) مذهب الشافعية : - على ما قطع به المروزة - أنه لو فاء إليها بجماع - وكانت محرمة أو حائِضًا ، أو كان هو محرَّمًا أو صائِمًا - خرج من حكم الإيلاء . وهو مذهب الحنابلة أيضًا .

واختلف - في مذهب مالك - القولُ في ذلك ، قال ابن عبد البر : ولو أصابها في وقت أو حال ، لا يجوز له أن يصيبها فيه : أيتم ، وخرج من الإيلاء ، وقد قيل : لا يخرج منه إلا بوطء غير محظور ^١ . هـ من « الكافي » .

مذهب الحنفية : من أحرم بالحج قبل وقته بأكثر من أربعة أشهر ، ثم آلى من امرأته ساعتئذ ، لم يكن فيَّه الرضا بلسانه ، وكان فيَّه الجماع وإن كان لا يصل إليها إلا حرامًا - يعني مُحَرَّمًا . وفي الفقه الإسلامي وأدلته : « أن شرط الوطء أن يكون حلالًا ، فلا يكفي الحرام ، كما في الحيض والإحرام » وهو مذهب المالكية والحنفية . (٥٥١ / ٧) . وانظر : الأم (٢٧٢ / ٥) . مختصر المزني ص (٢٠١) . مختصر الطحاوي ص (٢٠٨) . الكافي ص (٢٨٢) . المقنع ص (٢٤٩) . المغني (٣٢١ / ٧) .

(٢) في (ب) : « منها » . وهذا الوجه هو أصحهما ؛ إذ هو موافقة على الحرام وإعانة عليه . انظر الروضة (٨ / ٢٤٥) .

الفصل الثالث

في دفع المطالبة

ولا يندفع إلا بالطلاق ، أو الوطء من القادر ، والفيئة باللسان من العاجز كما سبق . فإن رُفِع إلى القاضي ، فامتنع من الأمرين ، طُلّق القاضي عليه في أصحّ القولين . وفي القول الثاني : يُلجئ به بالحبس والتعزير إلى الطلاق ^(١) . وهو بعيد ؛ لأنه إكراه على الطلاق . وأنكر المزني هذا وقال : لم يصبر إليه أحد من العلماء ^(٢) . نعم ، لو استمهل الزوج من القاضي ثلاثة أيام في الفيئة باللسان لم يُمهل ، وفي الوطء وجهان : أحدهما : لا ؛ لأن مدة المهلة أربعة أشهر ، وقد تم ^(٣) .

والثاني : نعم ؛ لأنه ربما لا يجد قوة ، ونشطة في الحال . فعلى هذا ، لو بادر القاضي قبل مُضي المدة ، لم تطلق ، لا كقتل المرتد قبل تمام المهلة ؛ فإنه مُهدّر ؛ لأن الطلاق يقبل الرد . وفيه وجه بعيد : أنه ينفذ .

والمهلة - ثلاثة أيام - تجري في سبعة مواضع : المرتد ، وتارك الصلاة ، والفسخ بالإعسار ، وبالعتة ، وخيار العتق ، والشفعة ، والإيلاء . أما الرد بالعيب / فهو على الفور . ٢٠٥ ب

ثم إذا استمهل - فأمهلناه - فادعى العتة ، فيستأنف مدة العتة ولا يُطلق ؛ لأن الطلاق كان تغليظاً عليه ؛ لِظُنّا به القدرة . وذكر العراقيون وجهاً أنه يُطلق .

فرع : إذا غاب الزوج إلى مسافة أربعة أشهر ، فلو كملها في الخصومة أن يُطالبه بالطلاق ، أو الانصراف إلى وطنها . وخروجه إلى السفر - في الرجوع - ابتداءً الفيئة ، فلو صبر حتى انقضت مدة الإمكان ، ثم قال : الآن أبتدئ السفر ، فلحاكم تلك البلدة أن يُطلق .

* * *

(١) ذهب إلى هذا الإمام أحمد (رحمه الله) في إحدى الروايتين عنه ، وإن كان الأصح في المذهب أن القاضي يُطلق عليه . ومن ذهب إلى هذا أيضاً الظاهرية حتى قال الإمام ابن حزم (رحمه الله) : « ... فإذا تمت - يعني الأربعة الأشهر - أجبره الحاكم بالوسط على أن يفيء أو يطلق ، حتى يفعل أحدهما كما أمره الله عز وجل ، أو يموت قتيلاً الحق إلى مقت الله تعالى ... ولا يجوز أن يطلق عليه الحاكم ، فإن فعل لم يلزمه طلاق غيره » . المحلي (١٠ / ٤٢ وما بعدها) وانظر المغني لابن قدامة (٧ / ٣٣١) .

(٢) انظر قوله في مختصره ص (٢٠٠) . (٣) وهذا القول هو أظهرهما كما في الروضة (٨ / ٢٥٦) .

الفصل الرابع

فيما به الفیئة ، وهو الوطء

ويكفي تغيب الحشفة . ولو نزلت على زوجها لم تحصل الفیئة ؛ إذ لا تنحل به اليمين ، وليس هذا فیئة منه . أما إذا أكره - وقلنا : يتصور على الوطء إكراه يذراً الحد - ففي لزوم الكفارة به خلاف . فإن قلنا : يلزم ، فقد انحل الإيلاء . وإن قلنا : لا ، فهل تنحل اليمين ؟ فيه خلاف .

فإن قلنا : تنحل ، فلا طلبية . وإن قلنا : لا ينحل ، فالصحيح : أن الطلبية تبقى لبقاء الإيلاء^(١) . وفيه وجه : أنه لا طلبية ؛ لاندفاع الضرر بحصول الوطء .

أما إذا آلى ، ثم جئن فوطيء ، فالمنصوص فيه أنه تنحل اليمين بفعله ولا كفارة^(٢) . وخرج من الناسي قول في وجوب الكفارة ، فيلتحق تفصيله بالمكره .

فرع : لو تنازعا في الوطء في المدة ، فالأصل عدم الوطء ، ولكن القول قوله على خلاف قياس الخصومات ، وقد ذكرنا نظير ذلك في العنة^(٣) . ثم قال ابن الحداد : لو طلقها ،^(٤) وأراد أن يراجعها^(٥) ، وقال : صدقتموني في الوطء ، فلي الرجعة . قلنا : لا ، بل نرجع إلى القياس . والأصل عدم الوطء والعدة ، والقول قولها في ذلك ، وإنما كان كذلك لينوع ضرورة ، والله أعلم^(٥) .

(١) قال في الروضة : في انحلال اليمين وجهان يجريان في كل يمين وجد المحلوف عليه إكراه أو نسيان ، أصحهما : عدم الانحلال ، وهو الأوفق لكلام الأئمة . روضة الطالبين (٨ / ٢٥٧) .

(٢) ولا كفارة عليه ؛ لأن القلم مرفوع عنه في تلك الحال ، كما قال الشافعي (رحمه الله) . انظر قوله في الأم (٥ / ٢٧٢) . مختصر المزني ص (٢٠١) .

(٣) أي أن القول قوله إذا كان عتيباً وادعى الوطء في المدة المضروبة له أو بعدها . وكذلك هنا في « الفیئة » يكون القول قوله إذا ادعى الوطء .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليس في (ب) .

(٤) في (ب) : « وأراد ارتجاعها » .

كتاب الظَّهَار^(١)

وفيه بابان

الباب الأول

في أركانه وموجب ألفاظه

وفيه فصلان

(١) الظَّهَار : لغة : مأخوذ من « الظهر » ؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته : « أنت علي كظهر أمي » . وخصوا الظهر دون البطن والفخذ وغيرهما ، لأنه موضع الركوب ؛ قال الله تعالى : ﴿ فَمَا اسْطَاعُوا أَنْ يَظْهَرُوهُ ... ﴾ الآية [الكهف : ٩٧] وقال تعالى : ﴿ ... وجعل لكم من الفلك والأنعام ما تركبون . لِيَسْتَوُوا عَلَى ظُهُورِهِ ثُمَّ تَذْكُرُوا نِعْمَةَ رَبِّكُمْ ... ﴾ الآيتان [الزخرف : ١٢ ، ١٣] .

وحقيقته الشرعية : تشبيه الزوجة غير البائن بأنتى لم تكن حلًا للزوج في وقت ما على ماسيأتي بيانه إن شاء الله . وهو محرم شرعًا ؛ قال تعالى : ﴿ وَإِنْهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ الآية [المجادلة : ٢] .

الفصل الأول

في أركانه

وهو المظاهر ، والمظاهر عنها ، واللفظ ، والمشبّه به .

الركن الأول : المظاهر . وكلُّ مَنْ يصحُّ طلاقه يصحُّ ظهاره ، وقد ذكرناه ^(١) ؛ وذلك لأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية ^(٢) ، فجعله الشرع مُحَرَّمًا للزوجة ، وموجباً للكفارة عند القود إليها ؛ فيصح ظهارُ المَجْبُوبِ ، والخصي ، والذمي . ثم على الذمي الكفارة ويصح منه الإعتاقُ مهما أسلم في ملكه عبدٌ كافر ، وكذلك لو قال لمسلم : أعتق عبدك المسلم عن كفّارتي ، جاز على وجهه . فإن عجز فالصومُ غيرُ ممكن في حقّه ؛ فيعدل إلى الإطعام . وقال القاضي : لا يعدل ؛ فإنه قادرٌ ، فليُسَلِّمْ وليُصُمْ . وهو بعيدٌ ، لأنه مُقَرَّرٌ ^(٣) على دينه ، فلا يُكَلَّفُ تركه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يصح ظهارُ الذمي ؛ لأنه ليس من أهل الكفارة ^(٤) .

(١) وعليه فيصحُّ الظهار من كل زوج مكلف ، حرّاً كان أو عبداً ، مسلماً أو ذمياً ، خصياً أو مجبواً ، أو سليماً . ولا بد أن يكون مختاراً ، فلا يصح ظهار المكره ، وظهار الصبي والمجنون باطلٌ ، وظهار السكران كطلاقه . انظر : الأم (٢٧٦/٥) . مغني المحتاج (٣٥٢/٣) .

(٢) روى عبد الرزاق في مصنفه (٤٢٢/٦) عن طاوس قال : « كان طلاق أهل الجاهلية ، الظهار » . وروى ابن جرير بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : « كان الرجل إذا قال لامرأته في الجاهلية : أنت عليّ كظهر أمي : حرمت ... » . جامع البيان للطبري (٣/٢٨) . وانظر الأم (٢٧٧/٥) . أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٢/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٧/١٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه مُقَرَّرٌ ... » .

(٤) مذهب الشافعية : أن الذمي يصح ظهاره كما يصح طلاقه . وهو مذهب الحنابلة أيضاً . انظر : الأم (٢٧٦/٥) . مختصر الزني (٢٠٢) . الوجيز (٧٨/٢) . الروضة (٢٦١/٨) . المنتهاج ص (١١٢) . المحرر في الفقه لأبي البركات ابن تيمية الجدل (٨٩/٢) . الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥٦٥/٨) مطبوع مع المغني . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح المتوفي سنة (٧٦٣) هـ (٤٩١/٥) وما بعدها . المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح الحنبلي (٣٥/٨) . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩٨/٩) .

الركن الثاني : المظاهر عنها . وهي كلُّ مَنْ يُلْحَقُهَا الطَّلَاقُ ^(١) فإنَّ ظَاهِرَ عَنِ الرُّجْعِيَّةِ وَتَرْكُهَا لَمْ يَكُنْ عَائِدًا . فَإِنْ رَاجَعَهَا تَعَرَّضَ لِلزُّوْمِ الْكُفَّارَةِ ، كَمَا سَيَأْتِي . وَإِنْ ارْتَدَّتْ وَظَاهَرَتْ عَنْهَا ، فَإِنْ رَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ انْعَقَدَ الظَّهَارُ ، فَالْإِبْلَاءُ وَالظَّهَارُ وَالطَّلَاقُ مُتَسَاوِيَةٌ ، إِلَّا فِي الْمَجْبُوبِ وَالرُّتْقَاءِ ، فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الْإِبْلَاءَ فِيهِمَا لَا يَصَحُّ .

الركن الثالث : اللفظ . وصريحه أن يقول : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي [أَوْ مِثْلُ ظْهَرِ أُمِّي] ^(٢) وَلَا مَنَاقَشَةَ فِي الصَّلَاتِ ^(٣) . فَلَوْ قَالَ : أَنْتِ مِثِّي ، أَوْ مَعِي ، أَوْ عِنْدِي مِثْلُ ظْهَرِ أُمِّي ، فَكُلُّ ذَلِكَ صَرِيحٌ . وَكَذَا لَوْ تَرَكَ الصَّلَةَ ، وَقَالَ : أَنْتِ كَظْهَرِ أُمِّي . فَلَوْ قَالَ : أَرَدْتُ الْإِضَافَةَ إِلَى غَيْرِي ، لَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَقَالَ : أَرَدْتُ مِنْ غَيْرِي ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ يَمْنَعُ هَذَا التَّأْوِيلَ .

ثم يتصدى النظر في أجزاء الأُمِّ . وأجزاء الأُمِّ قسمان :

أحدهما : ما لا يُذْكَرُ فِي مَعْرُضِ الْكِرَامَةِ ، كَقَوْلِهِ : كَبُطْنُ أُمِّي وَشَعْرُهَا ، وَرِجْلُهَا وَيَدُهَا ، وَفِيهِ قَوْلَانِ :

القديم : أَنَّهُ لَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ اتِّبَاعًا لِعَادَةِ الْجَاهِلِيَّةِ .

والثاني : أَنَّهُ ظَهَارٌ ؛ اتِّبَاعًا لِلْمَعْنَى ، لِأَنَّهُ كَلِمَةُ زُورٍ تُشْعِرُ بِالتَّحْرِيمِ كَالظَّهَرِ ^(٤) . وَكَذَا لَوْ أُضِيفَ إِلَى بَعْضِ الزَّوْجَةِ ، فَقَالَ : يَدُكَ أَوْ رِجْلُكَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ، يُخْرِجُ

= ومذهب الحنفية : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِّيِّ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْمَالِكِيَّةِ أَيْضًا . انظر : تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/

٢١٢) فتح القدير (٢٤٥/٤) . الدر المختار (٤٦٦/٣) . الفتاوى الهندية (٥٠٨/١) . القوانين الفقهية (٢٤٧) .

(١) ويدخل في ذلك الصغيرة ، والمجنونة ، والذمية ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمطلقة الرجعية وغيرهن . ولا يصح الظهار من الأجنبية ؛ فَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكَ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، فَلَا يَكُونُ مَظَاهِرًا عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ . انظر الروضة (٢٦١/٨) . مغني المحتاج (٣٥٢/٣) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) يعني في قول المظاهر « مني » أَوْ « عِنْدِي » أَوْ « لَدَيَّ » أَوْ مَعِي . وشبه ذلك .

(٤) انظر الوجيز (٧٨/٢) . الروضة (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) .

على القولين ^(١) ، ومأخذه الاتباع ، أو النظر ^(٢) إلى المعنى . فقد ظهر أن التصرفات القابلة للتعليق ، كالطلاق ، والظهار ، والعناق/ تصحح إضافتها إلى البعض . أما النكاح ١/٢٠٦ والرجعة فلا ^(٣) . وأما الإيلاء فإذا قال : لا أجامع فَرْجَكَ ، أو نِصْفَكَ الأسفل ، فهو صريح . ولو أضاف إلى النصف الشائع ^(٤) ؟ فيه احتمال ، لأن تَرَكَ الجماع في النصف من ضرورته تَرَكَه في الكل .

القسم الثاني : ما يُذكر في معرض الكرامة . كقوله : أنتِ مثلُ أمِّي ، أو كأُمِّي ، أو كروح أمِّي ، فإن أرادَ الكرامةَ فليس بظهار ^(٥) وإن قصد الظهار فهو ظهارٌ ^(٥) وإن أطلق فوجهان ؛ لتعارض الاحتمالين ^(٦) . ولو قال : كعَيْنِ أمِّي ، ^(٧) التفت إلى الجديد والقديم ^(٧) ؛ لأنه إضافة إلى البعض . واختلفوا أن الرأس كالبطن والعين والروح ؛ لأنه قد يُذكر للكرامة ^(٨) .

الركن الرابع : في المشبه به . فلو شبهها بمحللة ، أو مُحَرَّمة تحريمًا مؤقتًا كالأجنبية ،

(١) يعني أنه ظهار على الجديد من قول الشافعي (رضي الله عنه) . وعلى القديم ليس ظهارًا . انظر الوجيز (٧٨/٢) . روضة الطالبين (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) .

(٢) في (أ) : « والنظر » .

(٣) يعني إذا قال : تزوجتُ يدك . فقالت : قبلتُ ، فإنه لا يصح ذلك . وكذلك إن قال لمطلقة الرجعية : رجعتُ يَدَكَ أو رجلك ، أو رددت شعرك أو رجلك . فلا يصح أيضًا . أما لو قال لعبده : أعتقت يدك أو رجلك ، فيصح ، ثم يسري إلى باقي الأعضاء ، وكذلك من قال لزوجته : طَلَّقْتُ رجلك ، فيقع طلاقه .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأعلى » . (٥) في (أ) : « إن قصد الظهار فظهار » .

(٦) والأصح أنه ليس بظهار ، وبه قطع كثيرون من الشافعية . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٨) . المنهاج مع مغني المحتاج (٣٥٣/٣) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) .

(٧) في (أ) : « التفت على القديم والجديد » .

(٨) والأظهر أنه ظهار أيضًا . انظر الروضة (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) . وهو نص الشافعي (رحمه الله) كما في مختصر المزني ص (٢٠٣) .

أو تحريمًا لا محرمة فيها - كالملاعن عنها - لم يكن ظهارًا^(١) . أما المحرمة على التأيد بقرابة ، أو مصاهرة ، أو رضاع ، ففيه أقوال :

أحدها : الاختصار على الأم ؛ اتباعًا لعادة الجاهلية ، وهو مأخذ القديم .

والثاني : أن كل ذلك ظهار ؛ اتباعًا للمعنى ؛ لأن التحريم شامل .

والثالث : الاختصار على الأم ، وإلحاق الجدة بها ؛ لأنها في معناها^(٢) غير دونها^(٣) .

والرابع : إلحاق كل محرمة بالنسب بالأم ، وكذا كل محرمة بالرضاع لم نعهد تحليلها من أول وجودها^(٤) دون من طرأ^(٥) التحريم عليها ، ودون المحرمة بالمصاهرة [فإنها كانت محللة ؛ ولأن الرضاع يُشبه النسب دون المصاهرة]^(٦) .

أما إذا قال : أنت علي كظهر أبي^(٧) ، لم يكن ظهارًا ؛ لأنه ليس في محل الاستحلال^(٨) .

(١) يعني بالتحريم الذي لامحرمة فيه ، أنه لا يجوز الخلوة بها ، ولا المسافرة معها ، ولا النظر إليها - بغير حاجة - وغير ذلك كالملاعن عنها ، فإنها محرمة تأييدًا ، ومع هذا لا تجوز الخلوة بها وغير ذلك مما سبق . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤١١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « دون غيرها » . وهذا القول - وهو إلحاق الجدة بالأم - ظهار قطعًا ، هكذا قطع به جمهور الشافعية . انظر : روضة الطالبين (٢٦٤/٨) . مغني المحتاج (٣٥٤/٣) .

(٣) في الأصل « دون ما طرأ » .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) . وهذا القول هو المذهب عند الشافعية : أن التشبيه بمن لم تزل منهرة محرمة عليه ، ظهار ، ومن كانت حلالاً له ، ثم حرمت : ليس ظهارًا ؛ لأنه يحتمل أنه أراد التشبيه بها حين لم تكن محرمة عليه ؛ ويوضح ذلك ما قاله الربيع (رحمه الله) أنه إذا قال : « أنت علي كظهر أختي من الرضاة » فإن كانت قد ولدت قبل أن تُرضعه أمها ، فقد كانت - قبل أن يتم الرضاع - حلالاً له ، فلا يكون مظاهراً بها ، وليست مثل الأخت من النسب التي لم تكن حلالاً له قط . وهذه كانت حلالاً له قبل أن ترضعه أمها . فإن كانت أمها قد أرضعته قبل أن تلدها ، فهذه لم تكن قط حلالاً له في حين ؛ لأنها ولدتها بعد أن صار ابتالاً لها من الرضاة ، وكذلك امرأة أبيه . الأم (٢٧٨/٥) وانظر مختصر المزني ص (٢٠٣) . الروضة (٢٦٤/٨) وما بعدها . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . مغني المحتاج (٣٥٤/٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كظهر أبي » وهو خطأ واضح .

(٦) يعني أنه لا يشتباح وطؤه بحال .

الفصل الثاني في موجب الألفاظ

وفيه مسائل :

الأولى : أنه لو قال : مهما ظاهرتُ عن ضَرْبِكَ فَأَنْتِ عَلَيَّ كظهر أُمِّي ، كان كما قال ^(١) ؛ لأن الظهارَ يَقْبَلُ التعليقَ . ولو أشار إلى أجنبية وقال : مهما ظاهرتُ عنها فَأَنْتِ عَلَيَّ كظهر أُمِّي : صَحَّ ، وتناول ظاهراً عنها بعدَ نكاحها تنزيلاً لموجب اللفظ على الصحيح شرعاً ^(٢) . فلو أجرى ^(٣) مع الأجنبية لفظَ ظهارٍ لم يحنث . لو صرح وقال : « إِنْ ظاهرتُ عن فلانةٍ وهي أجنبيةٌ » فهذا لغوٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) ^(٤) ، وتعليقٌ بمحال ^(٥) ، وقال المزني (رحمه الله) : يُنْزَلُ ذلك على اللفظ ^(٦) . وكذا الخلاف فيما لو قال : إِنْ بعثَ الحمرَ فَأَنْتِ [عَلَيَّ] ^(٧) كظهر أُمِّي . ثم باع ، لم يحنث عند الشافعي (رضي الله عنه) ؛ لأنه ليس ببيع ^(٨) ، وعند المزني يُحْمَلُ على المسمّى بيعاً بالعادة . أما إذا قال : إِنْ ظاهرتُ عن فلانةٍ الأجنبية ، فيحتمل التعريف ، ويحتمل اشتراط كونها أجنبيةً ، فعلى أيّهما يُحْمَلُ ؟ فيه وجهان ^(٩) .

(١) يعني إن ظاهر من ضربتها صار مظاهراً من الثانية .

(٢) يعني إذا نكحها ، ثم ظاهر منها صار مظاهراً منها ومن الثانية أيضاً . انظر الروضة (٢٦٥/٨) .

(٣) في الأصل « جرى » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو أليق .

(٤) انظر الأم (٢٧٧/٥ ، ٢٧٩) ، مختصر المزني ص (٢٠٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وتعليقٌ محالٌ » . ويعني بقوله : (وتعليقٌ بمجال) أنه كيف يظاهر عنها وهي أجنبية . وهذه الجملة كلها من مقول الزوج أعني قوله : « إِنْ ظاهرت عن فلانةٍ وهي أجنبية » .

(٦) يعني المزني (رحمه الله) أن الزوج لو قال لزوجته ذلك ، ثم نطق بلفظ « الظهار » مع الأجنبية ، أنه يصير مظاهراً أيضاً ؛ لأنه تلفظ بلفظ الظهار .

(٧) زيادة من (أ) . (٨) يعني أنه ليس ببيع شرعاً ؛ لحرمه المبيع .

(٩) وأصح الوجهين أنه ظهار ، ويكون لفظ « الأجنبية » للتعريف لا للشرط ، كما لو قال : « لا أدخل دار زيد هذه » =

الثانية : أن يُظَاهِر عن امرأة ، ويقول للأخرى : أَشْرَكْتُكِ معها . وَنَوَى ، ففيه خلافٌ مبنيٌّ على أن الظهار ، يُعَلَّب فيه مشابهة الأيمان أو الطلاق ؟ ^(١) .

الثالثة : إذا قال : أَنْتِ طَالِقٌ كظهر أُمِّي . وقع الطلاق بقوله : أَنْتِ طَالِقٌ . ثم نَرَايَهُ ، فإن أراد بالبقية التأكيد ، قُبِلَ . وإن أراد الظهار لغا إن كان بائناً ، وَفَقَدْ إِنْ كَانَ رَجْعِيًّا .

الرابعة : أن يقول : أَنْتِ علي حرام كظهر أُمِّي ، فله أحوال :

(إحداهما) : أن ينوي الطلاق دون الظهار ، وقصد التأكيد ، ^(٢) فهو كما نوى ^(٣) ، وكقوله : أَنْتِ طَالِقٌ كظهر أُمِّي . وفيه وجهٌ : أن الظهار هو الحاصل ؛ لأنه أتى بصريحه دون صريح الطلاق ، فهو أولى من الكناية . ولا يخفى أنه ^(٤) لو عَنَى الظهار ^(٥) دون غيره فلا يحصل إلا الظهار .

(الحالة الثانية) : أن يقول : ^(٦) نويت الطلاق والظهار ^(٧) جميعاً مقروناً بقولي : أَنْتِ علي حرام ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن الجمع غير ممكن في لفظ واحد ، والطلاق أقوى فهو الواقع ^(٨) .

والثاني : أن الظهار أولى ؛ إذ أتى بصريحه .

= ويشهد لهذا قول النحاة - كما قال الزركشي - : إن الصفة في المعرفة تكون للتوضيح ، نحو « زيد العالم » وفي النكرة تكون للتخصيص ، نحو « مررتُ برجل فاضل » . وهو ظهار إذا تروجهائم ظاهر منها ، كما هو معلوم . انظر : الوجيز (٧٩/٢) . روضة الطالبين (٢٦٦/٨) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . مغني المحتاج (٣٥٥/٣) .

(١) وتشبيهه بالطلاق أظهر ، كما قال البيضاوي (رحمه الله) في الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . وقد نص الشافعي (رحمه الله) على أنه يكون مظاهراً في هذه الصورة . انظر الأم (٢٧٦/٥) .

(٢) في (أ) : « فهو كما لو نوى » . وكلمة : « نوى » من (ب) .

(٣) في (أ) : « لو عَيَّن الظهار » . (٤) في (أ) : « نويت الظهار والطلاق » .

(٥) وهو ما رجحه البيضاوي كما في الغاية (٨٢٨/٢) .

والثالث : وهو اختيار ابن الحداد ^(١) أن الرجل يُخَيَّرُ حتى يَخْتارَ أحدهما ^(٢)؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر ^(٣) .

(الحالة الثالثة) : أن يقول : أردتُ بقولي : « عليّ حرام » طلاقاً ، وبقولي : « ظهر أُمي » ^(٤) ظهاراً : وقع الطلاقُ ونفذَ الظهارُ إن كان رجعيّاً . وفيه وجهٌ : أن الظهار لا يصحّ ؛ لأن قوله : كظهر أُمي ، غيرُ مستقِلٍ وقد انصرف أولُ الكلامِ إلى الطلاق . أمّا لو عكس وقال : أردتُ الظهارَ بالأول ، والطلاقَ بالآخر ^(٥) ، نفذَ الظهارُ دونَ الطلاق ؛ لأنه نواه بلفظِ الظهار . وقال الشيخ أبو محمد : ينفذُ الطلاقُ ؛ لأن قوله : كظهر أُمي ، ليس مُستقِلاً ، ولم يحصل به ظهارٌ ، فيحصل به طلاق .

(الحالة الرابعة) : أن يقول : لم أقصدُ بالجميعِ إلا تحريمَ عَيْنِها ، فتحرمُ عليه وتلزمه الكفارةُ .

المسألة الخامسة : لو قال : أنت عليّ حرامٌ ، وقال : (٥) نويتُ الطلاقَ والظهارَ ^(٦) .

جميعاً / مع اللفظة . قال ابنُ الحداد : إن نوى الظهارَ أولاً يصح ، ويقع الطلاقُ ^(٧) ولم يكن ٢٠٦ ب/ عائداً . وإن نوى الطلاقَ أولاً - وكان رجعيّاً - صح الظهارُ .

قال الشيخ أبو علي : هذا غلطٌ ؛ لأنَّ اللفظَ واحدٌ ، فينبغي أن يجعل كما لو نَوَاهُمَا معاً ، فيخرج على الخلاف في أنَّ الأولى أيُّهما ؟ وهذا يلتفت على أن نية الكناية ، إذا اقترنت ببعض اللفظ ، ما حكمه ؟ وقد ذكرناه في الطلاق .

(١) في (أ) : « أن الرجل يختار أحدهما » .

(٢) وهذا الوجه هو ما عليه جمهور الشافعية . انظر : الروضة (٢٦٧/٨) وما بعدها .

(٣) في (أ) : « كظهر أُمي » . (٤) في (ب) : « بالأخير » .

(٥) في (أ) : « نويت الظهار والطلاق » . (٦) في (أ) : « ووقع الطلاق » .

الباب الثاني

في حكم الظَّهَارِ الصَّحِيحِ ^(١)

وله حكمان :

أحدهما : تحريمُ الجماعِ على ^(٢) الاقترانِ به إلى أن يُكْفَر ، ^(٣) إما بالعتق ^(٣) ، أو الصيام ، أو الإطعام . وجوز أبو حنيفة (رحمه الله) الوطء للمكفر بالإطعام ؛ لأن الآية مطلقة في حقه ^(٤) ،

(١) كلمة : « الصحيح » ساقطة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عند » وهو أولى سياقاً . والضمير في قوله « به » يعود على الظهار .

(٣) في (أ) : « بالعتق » .

(٤) اتفق الأئمة الأربعة على أن المظاهر لا يجوز له الوطء قبل أن يُكْفَر بإحدى الكفارات الثلاثة - وهي : العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام . ولكنهم اختلفوا في المكفر بالإطعام خاصة ، هل يجوز له الوطء في أثناء تكفيره بالإطعام ، كأن يكون مثلاً أطلع ثلاثين مسكيناً ، وبقي عليه إطعام ثلاثين آخرين ؟ .

فمذهب الشافعية : أن المظاهر لو وطئ المظاهر منها في خلال الإطعام ، حرم ، ولكن لا يجب الاستئناف . وهذا مذهب الحنفية أيضاً . انظر : الأم (٢٨٥/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٧) . روضة الطالبين (٣٠٦/٨) . تحفة الفقهاء (٢١٥/٢) . المبسوط للسرخسي (٢٢٥/٦) . فتح القدير لابن الهمام (٢٧٢/٤) . ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبي (٢٨٥/١) . رد المختار لابن عابدين (٤٧٧/٣) .

ومذهب المالكية : أنه إن جامع فسد تتابعه ، صيماً كان أو أطعماً ، حتى لو بقي مثلاً واحداً لمسكين ، فعليه إعادة الإطعام كاملةً . ومذهب المالكية في هذا ، هو أشد المذاهب . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٥) . الشرح الكبير (٤٥١/٢) .

ومذهب الحنابلة : كمذهب الشافعية والحنفية ، وعن الإمام أحمد رواية أنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير بالإطعام ، لكن المذهب تحريره . انظر : المحرر في الفقه (١٩٠/٢) . المسائل الفقهية (١٩٠/٢) . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٠٣/٩) . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح (٤٩٤/٥) . منتهى الإرادات لابن النجار (٣٢٦/٢) . الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٧/٧) ، (٦١٩/٧) .

وبهذا الذي سبق ، يظهر أن ما نسبته الإمام الغزالي (رحمه الله) لأبي حنيفة ، غير صحيح ، وأن ما عزاؤه لأبي =

..... لكن الشافعي (رضي الله عنه) يُنْزِلُ المطلق ^(١) على المقيّد في مثل ذلك ^(٢) .

ثم اختلف قول الشافعي (رضي الله عنه) في أن التحريم هل يقتصر على الجماع ؟ فقال في « المختصر » ^(٣) : أحببت أن يَمْنَعَ القُبلة . وقال في موضع آخر : رأيت أن تُمنَعَ القُبلة . فقيّل : قولان ^(٤) :

أحدهما : التحريم ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾ ^(٥) . والقائل الثاني يحمله على الوقاع ، لقوله : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ ^(٦) « نعم ، »

= حنيفة هو رواية عن أحمد (رحمه الله) ، وهو مذهب ابن حزم الأندلسي أيضا .

وقد استدل ابن حزم لما ذهب إليه بقوله : وشرط الله (عزوجل) في العتق والصيام قبل التماس ، ولم يشترط ذلك في الكفارة بالإطعام : ﴿ لَا يَضِلَّ رَجُلِي وَلَا يَنْسَى ﴾ ، ﴿ تَبَيَّنَا لِكُلِّ شَيْءٍ ﴾ ، انظر المحلى (٥٠ / ١٠) . بداية المجتهد (١٣٦ / ٢) .

والآية التي نَوَّه بها الغزالي - واستدل بها ابن حزم - هي قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ، ذَلِكُمْ تَوْعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ . فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا ... ﴾ [الآيات المجادلة : ٤ ، ٣] .

(١) في (أ) : « نَزَلَ المطلق » .

(٢) الإمام الشافعي (رحمه الله) يحمل المطلق هنا وهو قوله تعالى : ﴿ فِإِطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا ﴾ على المقيّد بقَبْلِ التماس ، كما في العتق والصيام ؛ لأن القرآن كالكلمة الواحدة في وجوب بناء بعضه على بعض ، وأيضا فالمطلق ساكت عن ذكر القَيْد ، فلا يدل عليه ولا ينفيه ، والمسكوت عدم ، أما المقيّد فهو ناطق بالقيد ، الذي يوجبه ، فكان كالمفسّر ، فكان أولى أن يجعل أصلا يُتَنَبَّى عليه المطلق ، وبذلك يكون المقيّد صارفاً للمطلق عن إطلاقه ، ومُبيّنا المراد منه . وقد احتج الشافعي (رحمه الله) على هذا بأسلوب رائع في الأم (٢٨٠ / ٥) وإن كان ذلك في اشتراط الإيمان في الرقبة المعتقة في الظهار .

هذا ، وقد اتضح بما سبق أن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في هذه المسألة كمذهب الشافعية ، وإن اختلفا في حمل المطلق على المقيّد في بعض المواضع . وانظر في ذلك أثر الاختلاف في القواعد الأصولية د . مصطفى الخن ص (٢٥٢) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٦ / ٣) .

(٣) انظره في مختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٤) في (ب) : « وجهان » .

(٥) من الآية (٣) من سورة (المجادلة) .

(٦) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

.....مسالك الأشياء^(١) متعارضة ، فنقول : كل ما يُحرّم الوطء لخلل في الملك - كالطلاق ، والردة ، والاستبراء عن الغير ، كعدّة الوطء بالشبهة أو لإباحة الغير^(٢) - كتزويج الشَّيْءِ أَمْتَهُ - فكل ذلك يُحرّم اللّمس^(٣) ، وأما الصوم والحيض فلا . وقياس الإحرام أن يكون كالصوم ، ولكنه يُحرّم اللّمس^(٤) تعبدًا . وأما الاستبراء في المسبّبة فيحرّم الوطء ، وفيما دونه خلاف . وإن كان من جهة شراء ، أو تملك فيحرم الاستمتاع مطلقًا ؛ لأنه لو ظهر الحمل لحرم على الإطلاق بخلاف جهة السّبي ، والظهار مردد^(٥) . بين هذه الأصول . فإن لم نُحرّم إلا الوطء ، ففي الاستمتاع بما دون الشرة والركبة خلاف مبني على أنّا إن حرّمنا ذلك في الحائض عللنا بانتشار الأذى ، أو تخوُّف الوقوع في الوقاع^(٦) . ويظهر تشبيه الظهار بالحيض ؛ لأنه يحرم مع دوام النكاح ، لكن من حيث إنه كان طلاقاً فأقّت تحرّمه^(٧) بالكفارة فيحتمل أن يُشبّه بتحريم الرجعية^(٨) .

الحكم الثاني : وجوب الكفارة ، وهو منوطٌ بالعقد ؛ قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾^(٩) فاختلف العلماء فيه على خمسة مذاهب :

قال الثوري^(١٠) : « هو بنفس الظهار عائذ » . وهو فاسدٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . وقال دواد : « أراد تكرار^(١١) لفظ الظهار ، والعود إليه » . وقال الزهري^(١٢)

(١) في (أ) ، (ب) : « مسالك الاشتباه » . (٢) في (أ) : « أو لإباحة للغير » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يحرم اللّمس » . (٤) في (أ) ، (ب) : « اللّمس » .

(٥) في (أ) : « متردد » . (٦) أي خوف الوقوع في الجماع .

(٧) في (أ) : « تأقت تحرّمه » . (٨) في (أ) : « بتحريم الرجعة » .

(٩) من الآية (٣) من سورة « المجادلة » .

(١٠) في (ب) : « قال النووي » وهو خطأ واضح .

(١١) في (أ) : « أراد تكرير ... » وانظر في ذلك المحلى لابن حزم الظاهري (١٠٤/٩) . وأحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٣/٤) .

(١٢) في (ب) : « وقال الزيري » .

.....ومالك في إحدَي الروائِين ^(١) : إنه الوقاع ؛ إذ به يعود لنقض كلامه . وقال أبو حنيفة ومالك (رحمهما الله) في رواية : إنه العزم على الإمساك ^(٢) . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : هو نفس الإمساك ^(٣) .

ومهما لم يُطَلَّق عقيب الظهار - على الاتصال - فهو مُمَسِّكٌ ولا يَكْفِيهِ العزمُ على الطلاق دون تحقيقه ؛ لأن إمساكَه عَوْدٌ لنقضِ كلامه ، فسيبُله أن يقول : « أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ، أَنْتِ طَالِقٌ » ^(٤) « مُتَّصِلًا حَتَّى لَا يُلْزَمَهُ كَفَارَةٌ » ^(٥) .
ويتفرَّع على هذا الأصل مسائلُ :

الأولى : إذا مات عُقَيْبُ الظَّهَارِ ، فلا كفارة ؛ إذ لم يتحقق الإمساك ؛ فإنه يَفْتَقِرُ إلى زمان القدرة على الطلاق . ولو طَلَّقَهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا فلا عَوْدٌ ^(٦) . فإن راجع ، فنصُّ الشافعي (رضي الله عنه) أَنَّ نَفْسَ الرِّجْعَةِ عَوْدٌ ^(٧) ونصُّ : أنه لو ارتدَّ وعاد ^(٨) ، لم يكن نَفْسُ الإسلام عَوْدًا ^(٩) . وكذا لو أَبَانَهَا ، وجَدَّدَ النِّكَاحَ وَقُلْنَا بِعَوْدِ الظَّهَارِ وَالْحَنْثِ ، لم يكن بمجردِه عائدًا ؛ لأنَّ الإسلام يُقْصَدُ به تَبْدِيلُ الدِّينِ ، والنِّكَاحُ يُقْصَدُ به تَجْدِيدُ الْمَلِكِ ، والرجعة لا مَعْنَى لَهَا إِلَّا إمساكُ الزوجة . ومن أصحابنا مَنْ خَرَجَ وَجْهًا إِلَى

(١) انظر قول مالك (رحمه الله) في أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٢/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٠٥/١٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) .

(٢) الذي وجدته عن أبي حنيفة - في كتب الحنفية أنفسهم - أن المقصود بالعود هو العزم على الوطء . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٣) . تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢١٤/٢) . المبسوط (٢٢٤/٦) . بدائع الصنائع (٣/٢٣٦) . الدر المختار (٣٦٩/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٧٩/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٤) في (ب) : « أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ » . (٥) في (ب) : « الكفارة » .

(٦) أي : لم يحصل منه عودٌ لما قال ، فلا تلزمه الكفارة .

(٧) انظر قوله في « الأم » (٢٧٩/٥) . (٨) في (أ) : « ثم عاد » .

(٩) انظر « الأم » (٢٧٩/٥) وما بعدها .

الرجعة من النكاح وإلى النكاح ، والردة من الرجعة ، وطَرَدَ القولين ، لكن الفرقُ وتقريرُ النَّصِّ أَظْهَرَ . فإن قيل : إذا آلى ، ثُمَّ أَبَانَ وجَدَّدَ النكاح ، لزمته الكفارةُ بالوطء وإن لم نقل بعود الحنث ، فلم لا تعود كفترة الظهار ؟ قلنا : لأن اليمينَ يستقلُّ بنفسه دون النكاح ، والظهارُ لا يُتصوَّرُ إلا في النكاح ، والكفارةُ هاهنا كالمطالبة بالفيئة عن الإيلاء ، فإنها من الخواص ، فلا تعود في نكاح ثانٍ ^(١) .

نعم ، لو ظاهر وعاد حتى حرمت عليه ، استقرت الكفارة . فلو طَلَّقَ وجدد ، استمر التحريم إلى الكفارة . وأما لو كانت رقيقةً فاشتراها ، ففيه خلافٌ مبنيٌّ على أن تحريم ^(٢) الطلاق واللعان ، هل يتعدى إلى / مِلْكِ اليمين كما ذكرناه؟.

١٢٠٧

المسألة الثانية : إذا ظاهرَ عن زوجته الرقيقة ، ثم اشتراها على الفور ، ففيه وجهان : أحدهما : أن الشراءَ يَنْفِي العَوْدَ كالطلاق ؛ لأنه قاطع ^(٣) .

والثاني : لا ؛ لأنه نَقَلَ من حِلٍّ إلى حِلٍّ ، فهو عائد . وهذا يَتَجَهَّ إذا قلنا ^(٤) : إنه يتعدى تحريمُ الظهار إلى ملك اليمين .

ثم قال ابنُ الحداد : لا بُدُّ وأن يتصل قوله : « اشتريتُ » بالظهار ، فلو تشاغَلَ بأسبابه حصل العَوْد . وقال الأصحاب : إن كانت أسبابه متعذرةً ، فهو كما قال . وإن كانت مُتَبَسِّرَةً على القرب لم يكن عائداً . أما إذا علَّقَ طلاقها بعد الظهار على الدخول ، فهو عائدٌ وإن كان الدخول مُتَبَسِّرًا ؛ إذ لا فائدة في التعليق وهو قادر على التنجيز . ولو كان قد علق من قبل ، فدخل على الاتصال فلا عود ^(٥) إن كان الدخول متيسراً ^(٥) .

(١) في الأصل ، (أ) : « في نكاح ثاني » والصواب « ثان » كما في (ب) .

(٢) كلمة « تحريم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ؛ لأن الشراء قطع النكاح . انظر الروضة (٢٧٠/٨) ومغني المحتاج (٣٥٦/٣) مع أن نص الشافعي نفسه يخالف ذلك ، إذ قال (رحمه الله) : « ولو تظاهر من امرأته وهي أمة ، ثم اشتراها ففسد النكاح والظهار بحاله ، لا يقرَّبُها حتى يُكْفَرُ ؛ من قِبَلِ أن الظهار لِرَمَةِ وهي زوجة .. » . انظر الأم (٢٧٦/٥) .

(٤) في الأصل : « إذ قلنا » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

ولو لَأَعَنَ عَقِيبَ الظَّهَارِ ، فظاهِرُ النَّصِّ أَنَّهُ يَمْنَعُ الْعُودَ ^(١) . ثم اختلف في تصويره ، فمنهم من قال : لو قذف بعد الظهار ولم يَقْصُرْ في البدار إلى الرفع إلى القاضي على العادة ، فلا عود . ومنهم من قال : ينبغي أن تتصل كلمات اللعان بالظهار ، ويكون القذف والرفع سابقاً . وقال ابن الحداد : ينبغي أن تتصل الكلمة الأخيرة بالظهار ، فإنه القاطع وألزم عليه ، كما لو قال عَقِيبَ الظَّهَارِ : يا زينب ، أنت طالق . وقيل : قوله : « يا زينب » لا يُوجب العود ؛ لأنه من جملة الكلام ، فكذا كلمات اللعان .

المسألة الثالثة : لو علق الظهار بفعلٍ غيره ، فوجد ولم يَعْرِفْ ، فليس بعائد ، فكما يعرف فينبغي أن يُبادر الطلاق ، ولو علق بفعلٍ نفسه ففعل ، ونَسِيَ الظَّهَارَ ، فهو عائد ؛ لأنه - في نسيان فعل ^(٢) نفسه - غيرُ معذور .

المسألة الرابعة : إذا قال : أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر ، لم يصحَّ على القديم لخروجه عن المعتاد . وعلى الجديد : يصحَّ إنْ غَلَبَتْنا مشابة الأيمان ، وإنْ غَلَبَتْنا مشابة الطلاق فلا ؛ لأن الطلاق المؤقت أبَد لغلبة الطلاق ، ولم يظهر ذلك للظهار ، وقد قيل : يصحَّ مؤبداً تشبيهاً بالطلاق .

التفريع : إن شبهناه بالأيمان صحَّ مؤقتاً ، ويكون العود بالجماع ، نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) عليه ؛ لأنه ينتظر تحليلاً بعد الأشهر ، وإنما يمسك لذلك ، فلا يكون مجرد إمساكه مناقضاً ^(٣) . واعترض المزني (رحمه الله) على هذا ، وقال : لا فرق بينه وبين المطلق . فمن الأصحاب من قال : للشافعي (رضي الله عنه) قولٌ قديمٌ : أنَّ العود هو الجماع ، فيطرد في المطلق والمقيد ^(٤) . وهو فاسد ؛ لأنه نصَّ عليه في الجديد ، والفرق ما ذكرناه .

(١) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٧٩/٥) ، ومختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٢) في (أ) : « فعله » .

(٣) في (ب) : « متناقضاً » .

(٤) في (أ) : « في المطلق والمؤقت » .

فعلى النص ، إذا جامع حرم الجماع ، فعليه النزع متصلاً بتغيب الحشفة . وعلى مذهب ابن خيران : يحرم الجماع الأول أيضاً كذلك . قال الصيدلاني : « إذا جامع ، تبين ^(١) أنه كان عائداً عقيب اللفظ ، وعليه يحمل إمساكه » . وفيه فقه يوافق النص ، ويدفع اعتراض المزني (رحمه الله) . فعلي هذا لا يُبيح الوطء الأول ؛ إذ هو ^(٢) مُبَيَّنٌ للتحريم قبله ، فهو كما لو قال : « أنت طالق قبل الوطء » فإنه يُحرم الوطء .

المسألة الخامسة : إذا قال لأربع نسوة : أنتن علي كظهر أمي ، صار مظاهراً عن جميعهن ، ولكن في تعدد الكفارة واتحادها خلاف ؛ لاتحاد اللفظ ، وهو كالخلاف فيما لو قذف جماعة بكلمة واحدة ، أن الحد هل هو متعدّد ؟ ومشابه الأيمان تقتضي الاتحاد ؛ لأن الكلمة واحدة . ومشابه الطلاق : التعدد ؛ لتعدد المحل ^(٣) فإن قلنا : يتعدد ، فلا يخفى . وإن قلنا : يتحد ، فلو أمسكهن فعليه كفارة . ولو طلق ثلاثاً وأمسك واحدة ، لزمه كفارة ؛ لأن مناقضة الظهار بالعود ، تتحقق بإمساك واحدة ، وليس كما لو قال : والله لا أجامعكن ؛ فإنه لا كفارة بجماع واحدة ؛ لأن مخالفته تتحقق بجماع الجميع . وتحقيقه : أن الظهار هاهنا يتعلق بطلاق الجميع .

فأما إذا ظاهر عنهن بأربع كلمات على التوالي ، فتجب أربع كفارات ، ويكون بالظهار الثاني عائداً إلى الأول ، وبالثالث عائداً إلى الثاني ، وبالرابع عائداً إلى الثالث . فإن قال عقيب الرابع : أنت طالق ، فعليه ثلاث كفارات . فإن لم يقل فأربع كفارات .

المسألة السادسة : إذا كرّر لفظ الظهار على الاتصال ، وقال قصدت بالثاني تأكيد

ب ٢٠٧

الأول ، قيل . ولكن هل يكون عائداً ؟ فيه وجهان ^(٤) / :

أحدهما : نعم ؛ لأن اشتغاله بالتأكيد ترك للطلاق .

(١) في (أ) : « تبين » .

(٢) في (ب) : « وهو » .

(٣) الجديد : وجوب أربع كفارات . والقديم كفارة واحدة . انظر مختصر المزني ص (٢٠٣) . روضة (٢٧٥/٨) .

(٤) إن أمسكها بعد التكرار فعليه كفارة . وإن فارقها فوجهان :

أحدهما : تلزمه الكفارة لتمكّنه من الفراق بدلاً من التأكيد . وأصحهما : لا كفارة ؛ لأن الكلمات المؤكدة بها

كالكلمة الواحدة . انظر الروضة (٢٧٥/٨) .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يكون به مُنْسِكًا ؛ لأن التأكيد في حكم تمام الكلام .

وإن قصد ظهارًا آخر ، ففي تعدد الظهار مع اتحاد المرأة طريقان ^(١) :

أحدهما : طرد القولين في تعدد الكفارة .

والثاني : القَطْعُ بالتعدد ؛ تغليبًا لجانب اللفظ .

ولا خلاف أنه لو قذف شخصًا واحدًا مَرَّتَيْنِ فالحُدُّ واحدٌ . ثم إن طُلُقَ عقيب الثاني ، لم يكن عائدًا في الثاني . وهل يكون عائدًا في الأول لاشتغاله بالثاني ؟ فيه وجهان مرتبان على صورة إرادة التأكيد ، وها هنا أَوْلَى بأن يكون عائدًا ؛ لأنه كلام مستقل بنفسه . أما إذا تخلل زمانٌ ، فهو عائدٌ في الأول ، والظهارُ الثاني منعقدٌ إن قلنا بتعدد الكفارة ، وإلا فلا فائدة فيه .

أما إذا قلنا :تتعدد ، فقال : أردتُ التأكيدَ - مع تخلل الفصل - هل يُقبل [ها هنا] ^(٢) ؟ تردّد فيه جوابُ القفال كما ذكرناه في الإيلاء ؛ لأنّ فيه مشابة الإخبار ^(٣) .

المسألة السابعة : إذا جُنَّ عقيب الظهارِ فليس بعائدٍ . فلو أفاق ، لم تكن مجردُ الإفاقة عَوْدًا ، ولكن إن لم يُطلَّقَ عقيب الإفاقة ، صار عائدًا . ولو قال : إن لم أتزوج عليك فأنت عليّ كظهر أُمِّي . فلا ظهارَ في الحال . فإن مات قبل التزويج حصل اليأسُ ، وصار مظاهراً عائدًا قبيل الموت ^(٤) ، هكذا قاله ابنُ الحداد . وقال بعضُ الأصحاب : الظهارُ حاصلٌ ولاعَوْدَ ؛ لأنه ماتَ عقيب انعقادِ الظهار ، وإنما كان يستقيم ما قاله لو استندَ انعقادُ الظهارِ إلى الأول . وما ذكره ابن الحداد أَعْوَضَ فَلْيَتَأَمَّلْ .

(١) في الروضة أن الكفارة تتعذر على القول الجديد . (٢٧٦/٨) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) الذي صححه في الروضة وقطع به العراقيون ، أنه لا يُقبل . وهذا الخلاف فيما إذا لم يُكفر عن الأول ، فإن كَفَرَ ، فالثاني ظهارٌ جديد قطعاً ؛ لانقضاء حكم الأول بالكفير عنه . انظر : الروضة (٢٧٦/٨) . مغني المحتاج (٣٥٨/٣)

(٤) في (أ) : « قبل الموت » .

فإن قيل : الوطء يَحْزُم بنفسِ الظهار أو بالعود ؟ قلنا : بالعود ؛ إذا لو كَانَ بمجرد الظهار لكان تستقرُّ الكفارة وإن طُلِّق عقيبه ، حتى لو أراد وَطْأَهَا بِنِكَاحٍ جديد أو ملكٍ يمين لم يَجْزُ إلا بكفارة ، وليس كذلك ، لكنَّه إذا عَادَ حرم ، ووجبت الكفارة ، واستقرَّت ؛ لا لأجل استحلال الوطء ، فإنه ^(١) ^(٢) لو أَبَانَهَا ^(٣) بعد العود لم تسقط الكفارة ؛ لأنها استقرَّت بالعود المناقض للظهار ، كما يستقرُّ بالحنث في اليمين ، فالكفارة تجب بالظهار والعود جميعاً ، والظهارُ أحدُ سَبَبَيْهَا كاليمين ، ولذلك قال ابنُ الحداد : لو قال : إن دَخَلْتُ الدارَ فَأَنْتَ علي كظهرِ أُمِّي . ثم أعتق عن الظهار ، ثم دَخَلْتَ : وقع العتق لتأخُّره عن أحدِ السببين . وخالفه بعضُ الأصحاب وقالوا : وزأته ما لو قال : إن دَخَلْتَ الدارَ ، فوالله لا أَكَلُّمُكَ ، ثم أعتق قبل الدخول : لا يجزيء ؛ لأنَّه إنما يصير حالفاً عند الدخول . ولكن يحتمل أن يقال : السببُ صيرورته حالفاً ومظاهراً - وقد وُجِدَ - فيكفي ذلك ^(٤) [والله أعلم] ^(٥) .

* * *

(١) في (أ) : « فإنها » .

(٢) في الأصل : « لو أتى بها » وهو خطأ . والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (أ) : « سبب صيرورته حالفاً ومظاهراً قد وجد ، فيكفي ذلك » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

كتاب الغفارات

وخصالها ثلاثة : العتق ، والصوم ، والإطعام . والعتق لا يدخل في فدية الحج . والإطعام لا يدخل في كفارة القتل على أحد القولين . وكفارة الجماع ^(١) والظهار متساويتان في الترتيب : العتق ، ثم الصيام ، ثم الإطعام ، وكذا كفارة القتل إن قلنا : يدخلها الإطعام . وكفارة الأيمان ^(٢) على الخيرة بين العتق والكسوة والإطعام . فإن عجز فالصيام ثلاثة أيام ، وسيأتي في موضعه . والمقصود بكفارة الظهار ، ثم يندرج فيه جمل من أحكام الكفارات :

الخصلة الأولى : العتق . ولا يُجزئ في الكفارات إلا رقبة مسلمة ، سليمة ، كاملة الرق ، تُعتق بنية جازمة ، عتقا خاليا عن شوب العوض ^(٣) ، فهذه خمسة شروط ^(٤) فلنُفَصِّلُها :

الشرط الأول ^(٥) : الإسلام . والمسلم كل من وَلَدَه مسلم ، أو مسلمة ^(٦) ، أو أسلم أحد أبويه في صغره ، أو التَّقَطَّ في دار الإسلام ، أو سَبَاهُ مسلم في صغره ، ^(٧) وليس معه أبواه ^(٨) ، أو نطق بكلمتي الشهادة بعد البلوغ . فلو نطق ^(٩) - وهو صبي مميز - ففيه قولان ^(١٠) . ولو نطق مكرها فهو مسلم إلا أن يكون ذميًّا فلا يُحكم بإسلامه على أحد القولين . وفيه مسألتان :

(١) يعني كفارة الجماع في نهار رمضان .

(٢) في (أ) ، (ب) : « اليمين » .

(٣) في (أ) : « ثبوت » . وهو خطأ .

(٤) في (أ) : « شرائط » .

(٥) في (أ) : « الأول » وليس فيها كلمة « الشرط » .

(٦) قوله : « أو مسلمة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وليس معه أحد أبويه » .

(٨) في (أ) : « فإن نطق .. » .

(٩) قال في الروضة (٢٨١/٨) : « ولو أسلم الصبي بنفسه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أصحهما : لا يصح .

وقال الإصطخري : يصح إسلام المميز .

وقال غيره : موقوف ، فإن بلغ وثبت عليه ، تبيُّثًا صحة إسلامه ، وإلا فلا .

إحدهما : أنه لو نطق بكلمتي الشهادة ، فالصحيح أنه إسلام ^(١) ، وإن لم يُصَرَّح بالبراءة عن سائر الملل . ومنهم مَنْ شرط ذلك . نعم ، لو اقتصر على قوله : « لا إله إلا الله » وكان ذلك على وَفْقِ مِلَّتِهِ : لا يُحْكَم بِإِسْلَامِهِ ، وإن كان على خلافه - كَالْتَنَوِي ^(٢) والتَّضَرَّائِي القائل بالتثليث - فمنهم من حكم بإسلامه ، ثم قال : يُطَالَب بالشهادة الثانية ، فَإِنْ أُنِيَ جُعِلَ مُرْتَدًّا . ومنهم من لم يحكم بإسلامه ما لم يأت بكلمتي الشهادة ^(٣) .

المسألة الثانية ^(٤) : لو أَقَرَّ بِصَلَاةٍ ، أو ركنٍ من أركان الإسلام يخالف مِلَّتَهُ هل / ٢٠٨ / يُجْعَلُ بِهِ مُسْلِمًا ؟ فيه وجهان ^(٥) . وضابطه - عند مَنْ يجعله مسلمًا - أَنَّ كُلَّ مَا يَكْفُرُ الْمُسْلِمُ بِإِنكَارِهِ ، فيصير الكافر - بالإقرار به - مسلمًا ؛ لِأَنَّ التَّصَدِيقَ والتَّكْذِيبَ لا يتجزأ . ولعلنا قد استقصينا هذه الأحكام في كتاب « اللقيط » فلا نُعِيدُهُ .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُشْتَرَطُ الْإِيمَانُ فِي رَقْبَةِ كَفَارَةِ الظَّهَارِ ؛ فَإِنْ الْوَارِدُ فِي الْقُرْآنِ رَقْبَةٌ مُطْلَقَةٌ ^(٦) . ولكن عندنا يُحْمَلُ الْمَطْلُوقُ عَلَى الْمَقْيَدِ .

(١) في (أ) ، (ب) : « مسلم » .

(٢) التنوي : هو القائل بالهين للعالم ، إله النور وإله الظلمة ، وقد سبق بيانه .

(٣) قال في الروضة (٤٥٤/٨) : « والمذهب الذي قطع به الجمهور ، أن كلمتي الشهادة لا بدّ منهما ، ولا يحصل الإسلام إلا بهما » .

(٤) كلمة « المسألة » ليست في الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) مال معظم المحققين من الشافعية على كونه إسلامًا ، ومنهم القاضي حسين . انظر الروضة (٢٨٣/٨) .

(٦) مذهب الشافعية : أنه يُشْتَرَطُ الْإِيمَانُ فِي رَقْبَةِ كَفَارَةِ الظَّهَارِ ؛ حَمَلًا لِلْمَطْلُوقِ فِي آيَةِ « الظَّهَارِ » عَلَى الْمَقْيَدِ فِي آيَةِ « الْقَتْلِ » خَطَأً . وهو قول المالكية والحنابلة أيضًا ، وقد استدل الشافعي (رحمه الله) لذلك باستدلال جميل في الأم (٢٨٠/٥) وانظر : مختصر الزني (٢٠٤) . روضة الطالبين (٢٨١/٨) . القوانين الفقهية (٢٤٨) . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح (٥٩٧/٥) . المبدع (٥٢/٨) . الإنصاف للمرداوي (٩/٢١٤) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٩/٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يشترط الإيمان في رقبة كفارة الظهار ، بل تجزئ المسلمة والكافرة . انظر : المبسوط (٢/٧) . فتح القدير (٢٥٨/٤) . ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) . الدر المختار (٤٧٣/٣) . الفتاوى الهندية (٥٠٩/١) .

الشرط الثاني : السَّلامَةُ من العُيُوب . وعليه تُنزَل الرقبة المطلقة في القرآن . ثم قال أبو حنيفة (رحمه الله) : **الأقطع يجزىء ، والأصم والأبكم لا يجزىء** ^(١) . **وجعل الضابط** ^(٢) فيه زوال جنس من المنفعة ؛ لأن العيب المعتبر في البياعات لا يُعتبر ، فاعتبر كمال أجناس ^(٣) الأعضاء والمنافع . والشافعي (رضي الله عنه) : **اعتبر ما يؤثر في العمل أثراً يَبِينُ** ^(٤) ؛ إذ غَرَضُ الإعتاق أن يستقل ^(٥) ويتشعَى لنفسه ^(٦) .

والزَّيْمُ لا يُجزىء في العتق . ويُجزىء الأصم والأعور ؛ إذ يقدر على العمل والكسب ، وكذلك الأقرع والأعرج والعنث والحَصِي ^(٧) . والأقطع لا يُجزىء ^(٨) . وقطع الإبهام أو المسبحة أو الوسطى مانع . وقطع الخنصر أو البنصر لا يَمْنَع . وقطعُهما جميعاً مانع . إن كان من يد واحدة، ومن يَدَيْنِ لا يؤثر ^(٩) . وقطع أُمْلَةٍ لا يؤثر إلا من الإبهام . وقطعُ أصابع الرِّجْلِ لا يؤثر .

والجَنُونُ ^(١٠) لا يجزىء إذا كان جنونه مُطَبَّقاً . والمريض الذي لا يُرجى زواله لا

(١) مذهب الشافعية : أنه لا يجزىء مقطوع إحدى اليدين وكذلك لا يجزىء مقطوع إحدى الرجلين . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الأم (٢٨٢/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٥) . روضة الطالبين (٢٨٤/٨) . مغني المحتاج (٣٦٠/٣) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) . المبدع (٥٢/٨) . الإنصاف (٢١٥/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٥) . كشف القناع (٣٧٩/٥) .

ومذهب الحنفية : أن مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين يجزىء عتقه ، أما مقطوع اليدين أو الرجلين فلا يجزىء . انظر : الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) . ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) . العناية على الهداية (٢٦٠/٤) . الفتاوى الهندية (٥١٠/١) .

(٢) في الأصل : « الضبط » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « جنس ... » . (٤) في (أ) ، (ب) : « أثراً ظاهراً » .

(٥) في (ب) : « يشتغل » .

(٦) انظر ما قاله الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٨٢/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٥) .

(٧) أي وهذه الأربعة تجزىء . (٨) قوله : « لا يجزىء » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٩) في (ب) : « لا يمنع » . (١٠) في (ب) : « والمجنونة » .

يجزىء ، فإن زال على التدور فهل يُبَيِّن إجزاؤه ؟ فيه خلافٌ . والذي يُرجى زواله يجزىء . فإن مات فهل نتيقن ^(١) أنه لم يقع موقعه ؟ فيه خلافٌ . وإن كان يُجَنُّ ويُفَيَّق فيجزىء إن كان أيام الإفاقة أكثر ، وإلا ففيه تردد . والهَرَمُ العاجز لا يُجزىء . والصغيرُ وهو ابنُ يومٍ يُجزىء ؛ لأنَّ مصيره إلى الكِبَر . والظاهر : أن الجنين لا يُجزىء ، وفيه وجْهٌ .

وأما الأخرس ، فالقياسُ أنه يجزىء . وقد اختلف فيه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) ^(٢) . ومنهم من قال : قولان ، وأجراهما في الأصمِّ الأصلخ ^(٣) . ومنهم من قطع بالجواز ، وحمل النصَّ على الذي لا يفهم ^(٤) الإشارة ^(٥) .

الشرط الثالث : كمال الرقِّ . فلا يُجزىء عتقُ المستولدة ؛ لأنه يمتنع بيعُها ، ولا عتقُ المكاتب كتابةً صحيحةً ؛ لِتَقْصَانِ الرِّقِّ ولوقوعِ العتق عن جهةِ الكتابة ، بدليل استتباع الإكساب والأولاد . والمكاتب كتابةً فاسدةً يُتَّنى على العلتين ^(٦) : إن عللنا : بنقصانِ الرقِّ نَقْدَ ، وإن عللنا بالاستتباع - وقلنا : إنه يستتبع - لم ينفذ .

ولو اشترى عبداً بشرطِ العتق وأعتقه عن الكفارة ، ففيه تفصيل ذكرناه في البيع . أما عتقُ العبدِ المرهون والجاني - إن نفذناه - فهو يُجزىء عن الكفارة ؛ لأنه يَفُكُّ الرهنَ بخلاف الكتابة .

فروع

الأول : العبد الغائب ^(٧) الذي تتواصل أخباره ، يُجزىء إعتاقه . والمنقطعُ الخبر . نصُّ

(١) في (أ) ، (ب) : « فهل يُبَيِّن » .

(٢) القديم : أن الأخرس لا يجزىء ، والجديد : أنه يجزىء . انظر الأم (٢٨٢/٥) .

(٣) الأصمُّ الأصلخ : هو بالخاء المعجمة ، والمراد به الأصمُّ الذي لا يسمع شيئاً أصلاً . يقال : أصلخ بين الصلخ . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٧٩/٣) .

(٤) في (أ) : « لم يفهم » . (٥) وهو المصحح في الروضة (٢٨٥/٨) .

(٦) في (أ) : « يبنى على العلتين » . (٧) كلمة : « الغائب » ساقطة من (أ) ، (ب) .

على أنه لا يُجزىء ، ونَصَّ أنه يُخرج عنه زكاة الفطر^(١) . فقيل : هو مَيْلٌ إلى الاحتياط في المسألتين . وقيل : فيهما قولان ؛ لأن الأصل بقاءه ، والأصل اشتغال الذمّة .

الثاني : العبد المغصوب في يَدٍ متغلّبٍ يُجزىء إعاقته ، وفيه وجه : أنه لا يجزيء ؛ لأنه لا يَسْتَفِيدُ استقلالاً [كاملاً]^(٢) كالأقطع ، وهو أمّيل^(٣) .

الثالث : إذا اشترى قريته بنية الكفارة ، لم يُجزِئْهُ^(٤) ؛ لأن عِتْقَهُ يَسْتَحِقُّ^(٥) من جهة القرابة . وقال الأودني^(٦) : إذا اشتراه بشرط الخيار وأعتقه عن كفارته^(٧) ، جاز .

الرابع : إذا أعتق نصفين من عبدٍ في دَفْعَتَيْنِ أجزأه ، ولو أعتق نِصْفَيْنِ عبيدين ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجزىء ؛ لأن الْأَشْقَاصَ تجمع أشخاصاً في الزكاة^(٨) ، كذلك هذا^(٩) .

والثاني : لا ؛ لأن المقصود إفادة الاستقلال ، فلا تحصل بالتجزئة^(١٠) . نعم ، لو مَلَكَ عبيدين ، وعليه كفارتان ، فقال : أُعْتِقْتُهُمَا^(١١) عن كفارتَيَّ ، نصفٌ كل واحد

(١) قال (رحمه الله) : «ويؤدى عن عبيده، الحُضُورِ والغُيُوبِ، وإن لم يَزُجْ رجعتهم إذا علم حياتهم» انظر مختصر المزني ص (٥٤)

(٢) زيادة من (ب) . (٣) في (أ) ، (ب) : « وهو بعيد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يجز » . (٥) في (أ) ، (ب) : « مستحق » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدارسي . (٧) في (أ) : « الكفارة » .

(٨) الشَّقْصُ : هو الجزء من الشيء ، والمقصود به هنا جزء من العبد يشترك اثنان أو أكثر في ملكه . وقوله : « تجمع أشخاصاً في الزكاة » يعني لو ملك رجل شَقْصاً من عبد ، وشَقْصاً من عبد آخر ، أخرج عنه زكاة الفطر ؛ إذ كمل عبداً .

(٩) في (أ) ، (ب) : « كذلك ها هنا » .

(١٠) وهناك وجه ثالث حكاه النووي - وهو الأصح - أنه يجزئُه إن كان باقيهما حرّاً ، وإلا فلا . انظر : روضة الطالبين (٢٨٨/٨) . المنهاج مع المغني (٣٦٢/٣) . الغاية القصوى (٨٣٢/٢) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « أُعْتِقْتُهُمَا » .

منهما عن كفارة ، فقد حُكي عن نَصِّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه يجرىء (١) .
فمنهم من قال : (٢) عَتَقَ العبدان (٣) عن الكفارتين ، ولا معنى لِتَجْزِئَتِهِ وإضافته .

الخامس : إذا ملك المعسرُ نصفَ عبدٍ ، فأعتق نصفه عن كفارته ، ثم اشترى النصفَ الثاني ، وأعتق : جاز ؛ لأنه كمل الخلاص . وإن كان مُوسراً ، ففي كيفية نُفُوذِ العِتْقِ ثلاثة أقوال .

فإن فرغنا على تَنْجِيزِ (٣) العتق نُظِرَ : فإن وَجَّهَ العِتْقَ على جملة العبد ، وقال : أَعْتَقْتُك (٤) عن الكفارة : نَفَذَ وأجزأ . وقال القفال : لا ينصرف النصف [الثاني] (٥) إليها ؛ لأنه عتق بتسرية الشرع ، لا بإعتاقه . إلا أنا نقول : حصل بتسببه (٦) ، فصار كما لو قال : إن دخلت الدارَ ، فأنت حرٌّ عن كفارتي ، (٧) فدخل العبد / عتق وأجزأه (٨) وإن ٢٠٨/ب وجه على النصف ، لم ينصرف النصف الباقي [إلى الكفارة] (٨) ، وهل يُجزئ ذلك النصف ؟ يبتنى على عتق الأشخاص .

وإن فرغنا على أن العتق يتوقف على أداء القيمة ، فنَوَى - عند اللفظ - صَرَفَ التَّصْفِ ، وعند الأداء صَرَفَ التَّصْفِ الثاني : جاز . وإن نوى الكُلَّ عند اللفظ ، ففيه وجهان : أحدهما : الجواز ؛ لأنه السبب المعتق (٩) عند الأداء .
والثاني : أنه لا بُدَّ عندَ العتق من النية .

وقال الشيخ أبو حامد (١٠) : يجب أن ينوي الكُلَّ عند اللفظ ، ولا يعتدُّ بالنية عند

(١) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٨٢/٥) .

(٢) في (ب) : « عَتَقَ العبدان » . (٣) في (أ) : « تنجيز » .

(٤) في (أ) : « أعتقتك » . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « بسببه » .

(٧) في الأصل : « فدخل العبد ، أجزأ » . وكلمة : (عتق) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) . (٩) في (أ) ، (ب) : « للعتق » .

(١٠) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

الأداء .

الشرط الرابع : أن يكون خاليًا عن العوض . فلو أعتق على أن يرُدَّ العبدُ إليه دينارًا لم يقع عن الكفارة . ولو قال لغيره : أعتق عبدك عن كفارتك ، ولك ألف علي ، فأعتق : نفذ ، لا عن الكفارة . وهل يستحقُّ الألف ؟ فيه وجهان جاريان في الالتماس من غير ذكر الكفارة :

أحدهما : لا ؛ لأن العتق وقع منه ، فكيف يستحقُّ العوض ؟ !

والثاني : يستحقُّ ، كما لو قال : أعتق مستولدتك ، ولك علي ألف . وكأن الخلاف يرجع إلى أن الفداء ، هل يجوز مع إمكان [هذا] ^(١) الشراء ؟ .

وعند هذا جرت العادة بذكر النظر في التماس العتق . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أعتق مستولدتك ولك علي ألف : نفذ ، ولزم الألف ، وهو افتداء ومقابلة للمال بإسقاط المِلْك كما في اختلاع الأجنبية .

ولو قال : أعتق مستولدتك عني ألف ، فقال : أعتقتُ عنك ^(٢) : عتقت ولغا قوله : « عنك » . والظاهر أنه لا يستحقُّ العوض ؛ لأنه رضي به بشرط الوقوع عنه ولم يقع . وفيه وجه : أنه يستحق ، ويُغنى قوله : « عني » كما لو قال : طلق زوجتك عني ، فإنه يُحمل على ^(٣) أنه أراد : طلقها لأجلي ^(٣) فيستحقُّ الزوج العوض .

واعلم أنَّ حكمَ الشافعي (رضي الله عنه) بنفوذ العتق في المستولدة مع قوله : أعتقتُ عنك . يدلُّ على أنه إذا وُصِفَ العتق ، أو الطلاق بوصفٍ مُحَالٍ ، يُلغى الوصف دون الأصل .

الثانية : إذا قال : أعتق عبدك عني . فقال : أعتقتُ ، وقع عن المستدعي . ثم إن ذكر

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل : « عتقتُ عنك » وهو صحيح أيضًا . ولكن الأولى سياقًا ما في (أ) ، (ب) وهو المثلث .

(٣) في (أ) : « أنه أراد طلاقها لأجله » .

عوضًا استحقَّه ، وإن لم يذكر فهل يستحق ؟ فيه وجهان :
أحدهما : لا يستحق ، بل يُحمل على الهبة .

والثاني : أنه يستحقَّ كما لو قال : أَقْضِ دَيْنِي فإنه يرجع على رأي . ولكن هذا التوجيه إنما يستقيم إذا قال : « أَعْتَقَ عَنْ كَفَّارَتِي » فإنه أداءٌ حقٌّ مستحقٌّ .

ولو صرَّح وقال : أَعْتَقَهُ عَنِّي مجانًا ، فقال : أَعْتَقْتُ ، نفذ ولا عِوَضَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا ينفذ ؛ لأن الملك لا يحصل في الهبة دون القبض ^(١) . ولكن قال بعض الأصحاب : إعتاقه تسليطٌ تام أقوى من الإقباض ، وبنوا عليه أنه لو وهب ، ثم قال للمتهب : أَعْتَقَهُ عَنْ نَفْسِكَ ، فأعتق ^(٢) ، نفذ عتقه من غير قبض ^(٣) . أما إذا أطلق ، وقال : أَعْتَقَ عَبْدَكَ ، ولم يقل : « عَنِّي » أو « عَنْكَ » فأعتق ^(٤) فعلى ماذا يُنْزَلُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه عن المستدعي بقرينة الاستدعاء :

والثاني : أنه كقوله : أَعْتَقَ عَنْ نَفْسِكَ ، حتى يخرج النظر في العوض على ما ذكرناه .

الثالثة : إذا قال : إذا جاء الغدُ ، ^(٥) فعبدي حرٌّ عنك بألفٍ ^(٥) ، فقال : قَبَلْتُ ، فهذا كتعليق الخلع ، وقد ذكرناه . ولو قال : أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي غَدًا بألفٍ ، فصبر حتى جاء الغدُ ، وقال : أَعْتَقْتُ . قال صاحب « التقريب » : ها هنا يستحق المسمى ؛ لأنه ليس تعليقًا . وفيه نظرٌ أيضًا ذكرناه في الخلع . ولو قال : أَعْتَقَهُ عَنِّي على خمر ، أو مغصوب . فهو كالخلع على المغصوب . ويَحْتَمِلُ ها هنا الفساد في العوض ، وإن كان الملك

(١) انظر قوله (رحمه الله) في المبسوط (٩٠٧/٧) . الدر المختار (٤٧٥/٣) .

(٢) في (ب) : « فأعتقه » . (٣) في (أ) : « إقباض » .

(٤) من قوله : « من غير قبض ... » إلى قوله : « فأعتق » ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « فعبدي عنك حرٌّ بألف » .

يحصل للمستدعي ؛ لأنه مِلْكٌ ضِمْنِي فلا تعتبر شروطه ، وينظر إلى صورة الإعتاق ، ولذلك لم يُشترط القبضُ في الإعتاق مجاًناً .

فإن قيل : العتقُ يحصل متصلاً بآخرِ قوله : « أعتقتُ » فالملكُ كيف يحصل قبله ؟ فيكون قد حصل قبل اللفظ ، أو كيف يحصل بعده ؟ فيكون متأخراً عن العتق ، أو معه ؟ فيكون مع العتق . والكلُّ محال ؟ قلنا : ذُكر فيه خمسةُ أوجهٍ :

أحدها : أنا نتبينُ حصوله بعد الالتماس ، وقبل الإجابة .

والثاني : ^(١) أنه يتبين ^(١) حصوله عند الشروع في اللفظ . وهما بعيدان ؛ لأنه تقديم المسبب على السبب .

والثالث : أنه يحصل الملك مع آخرِ [أجزاء] ^(٢) اللفظ ، ^(٣) والعتق مرتباً عليه ^(٣) .

والرابع : أنه يحصل مرتباً على اللفظ ، والعتقُ يتأخر لحظةً .

والخامس : - وهو اختيارُ أبي إسحاق (رحمه الله) - أن الملك والعتق يترتب ^(٤)

على اللفظ معاً ^(٥) . واستبعد ذلك منه ، ونُسب إلى الجمع بين المتضادين . ولعله يعني أنه جرى سببُ الملك والعتق في حالة واحدة ، فيندفع الملك في وقتٍ جريانٍ سببه ، ويكون ذلك في معنى الانقطاع . ولهذا غَوَّرَ ذكرناه من قَبْل .

وبالجملة فقد ختلفوا في أن كل ^(٦) حكم يترتب على لفظ ، فيكون مع آخر جزء من اللفظ ، أو متأخراً مرتباً عليه ترتب الضدُّ على زوال الضدِّ ؟ والأصح أنه مع آخرِ جزء من اللفظ ؛ لأن المعلول ينبغي أن يكونَ مع العلة / كما ذكرناه .

١/٢٠٩

الشرط الخامس : النية . ولا بُدَّ منها ؛ لأن الكفارة فيها مشابهة العبادات . نعم ،

(١) في (أ) : « أنا نتبين » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والعتق مرتب عليه » .

(٤) في الأصل : « يترتبا » فحذف النون تخفيفاً . وفي (أ) ، (ب) « يترتبان » بإثبات النون على الأصل .

(٥) كلمة « معاً » ساقطة من (أ) . (٦) في الأصل « الكل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

تصح من الذمّي والمُرتد إذا قلنا ^(١) : لا يزول ملكه ، أو يُستثنى قدر الكفارة عن ملكه الزائل كما نستثني قدرَ الدّين . ولا تصحّ النيةُ منهما ^(٢) ، ولكن يستقل بمشابه الغرامات ، فإن فيها شبه الغرامات ^(٣) . أما صوم الكفارة فلا يصحّ منهما ؛ لأنه عبادةٌ محضة كالزكاة ، ^(٤) فلذلك لا يُتصور من كافر ^(٥) .

فرع : لا يُشترط تعيين النية في الكفّارات عندنا خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٦) . فلو كان عليه الكفّارات ، فيكفيه أن ينوي الإعتاقَ عن الكفارة ؛ لأن تعيين النية عندنا يجب قصدًا إلى التقرب بالصفات المقصودة . في العبادات المختلفة المراتب ، ومرتبة الظهر تُغايّر مرتبة الصبح . وكذلك صومُ رمضان يُغايّر صومَ النذر . ولا تفاوت في الكفّارات كما لا تفاوت في زكاة أعيان الأموال ؛ فالأموال أسبابُ الزكاة ، والجنايات أسبابُ الكفّارات ^(٧) ، وهي متفاوتة ^(٨) . وقد طردوا هذا في العتق المُلتزم ^(٩) بالنذر مع

(١) في (أ) : « إن قلنا » .

(٢) كلمة « منهما » ساقطة من (أ) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « ولذلك لا يتصور من الكافر »

(٥) مذهب الشافعية : أنه لا يجب في النية تعيين الكفارة ، فلو كان عليه كفارتا ظهار وقتل ، فأعتق عبيدين بنية الكفارة ، أجزأه عنهما . ولو اجتمع عليه كفارات ، فأعتق رقبة بنية الكفارة ، وقعت عن واحدة منها ، سواءً اتفق جنسها أو اختلف ، وكذا الصوم والإطعام . ولو كان عليه كفارة ونسي سببها فأعتق ، ونوى عليه : أجزأه ؛ لأنه قصد بها قضاء الواجب . انظر : الأم (٢٨٢/٥) . الوجيز (٨٤/٢) . روضة الطالبين (٢٨٠/٨) . الغاية القصوى (٨٣٣/٢) .

مذهب الحنفية : أن من وجبت عليه كفارتا ظهار ، فأعتق رقتين ، لا ينوي عن إحداهما بعينها ، جاز عنهما . وكذا إذا صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينًا ، جاز ؛ وذلك لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة .

وأما إن وجب عليه كفارتا ظهار وقتل ، فأعتق رقتين ، لا ينوي بكل منهما جهة محددة ، لم يجز عن واحدة منهما . انظر الهداية (٣٠٢/٢) .

(٦) في (أ) : « الكفّارات » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « متقاربة »

(٨) في (ب) : « الملزم » .

الكفارة ، وإن كان النذرُ قرْبَةً ، ^(١) والكفارةُ سببُها جريمةٌ ^(٢) ، ولكنْ لم يُلتفتْ إلى هذا .
نعم ، إذا أُعتقَ ^(٣) في الكفارة وأخطأ ، لم يجرئه ، فإذا كان عليه كفارةٌ قَتْلٍ ، فنوى
الظَّهار ، لم يقع عن القتل وقد صَرَفَه عنه ، وعليه الإعادةُ ، وهو كتعيين الإمامة ^(٣) في
القدوة ، ولا تشترط ، ولكن لو أخطأ فسدت القدوة .

(١) في (أ) : « والكفارةُ بسبب جريمة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كتعيين الإمام » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا عيَّن » .

الْخَصْلَةُ الثَّانِيَّةُ

الصَّيَّامُ

وفيه نظران :

الأول : فيما يجوز العدول إليه . ولا يُعتبر عندنا عَجْزٌ مُحَقَّقٌ عن الإعتاق ، بل يكفي أن يعسر ذلك عليه لَعَرَضٍ مُعْتَبَرٍ معتدّ به . والذي لا يملك شيئاً لا يخفى أمره . أمّا إن^(١) ملك عبداً ، أو مسكناً ، أو مالاً ، ففيه نظرٌ ، فنقول : إن كان زَمَناً وهو محتاج إلى العبد لخدمته ، أو كان منصبه يقتضي أن يُخدم ولا يياشِر الأعمال بنفسه ، فيجوز له الصوم عندنا خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله)^(٢) .

وإن^(٣) كان عبده نفيساً يمكن إبداله بعبدين يلزمه ذلك ، إلا إذا كان قد أَلِفَ العبد^(٤) وارتضاه من زمان ، فإنه يعسر عليه الإبدال فلا يلزمه ، وفيه وجهٌ : أنه يلزمه ذلك ولا يُعتبر الإلف .

أما المسكن فلا يُباع إلا إذا كان فضلاً عن مقدار حاجته لاتساع خطته^(٥) ، وأمكنه

(١) في (أ) ، (ب) : « مَنْ » .

(٢) مذهب الشافعية : أن مَنْ كان ذا منصب ومكانة تقتضي أن يُخدم ولا يياشِر الأعمال بنفسه ، جاز له العدول إلى الصوم . وهو مذهب الحنابلة أيضاً . انظر : الأم (٢٨٣/٥) . الوجيز (٨٣/٢) المذهب مع تكملة المجموع (١٩/٨٢) . المحرر في الفقه (٩١/٢) . الشرح الكبير مع المغني (٥٨٧/٨) . الفروع (٤٩٧/٥) . الإنصاف (٢١٢/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٨/٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز لمثل هذا العدول إلى الصيام ؛ لأنه واجد لما يتأذى به الأصل ، فلا يتأدى الواجب بالبدل . وهو مذهب المالكية أيضاً . انظر : أحكام القرآن للجصاص ص (٣١٢/٥) . المبسوط (١٣/٧) حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٥) .

(٣) في (أ) : « ولو كان » . (٤) كلمة : « العبد » ساقطة من (ب) .

(٥) الخِطَّة بالكسر : هي الأرض التي يختطها الرجل لنفسه ، وهو أن يُعَلِّم عليها علامة بالخط ، ليُعرف أنه قد احتازها ليعينها داراً أو غيرها ، ومنه كان يقال : خِطَط الكوفة وخطط البصرة . انظر مختار الصحاح ص (١٨١) مادة (خ ط ط) .

يَتَعَبُ بَعْضُهُ . فَإِنْ كَانَ [بَيْتًا] ^(١) نَفِيسًا ، وَأَمَكَنَ إِبْدَالَهُ [بِمَثْلِهِ] ^(٢) فَهُوَ كَالْعَبْدِ النَّفِيسِ الْمَأْلُوفِ ؛ لِأَنَّ الْجَلَاءَ ^(٣) عَنِ الْمَسْكَنِ أَيْضًا شَدِيدٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ .

أَمَّا الْمَالُ إِذَا مَلَكَه زَائِدًا عَنْ ^(٤) الْمَسْكَنِ وَاللِّبَاسِ وَالْأَثَاثِ الْمَحْتَاجِ إِلَيْهِ ، فَيُصْرَفُ إِلَى الْعَتَقِ إِلَّا إِذَا كَانَ رَأْسَ مَالِهِ ، أَوْ ضِيعَةً لَوْ بَاعَهَا لَصَارَ مَسْكِينًا يَحِلُّ لَهُ سَهْمُ الْمَسَاكِينِ ، فَلَا تَنْتَقَالُ إِلَى حَالِ الْمَسْكِنَةِ أَشَدُّ مِنَ الْإِنْتِقَالِ مِنْ دَارٍ أَوْ عَبْدٍ ، فَمَقْيَاسُ قَوْلِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يُكَلَّفُ ذَلِكَ . وَيَكَاذُ يَخَالِفُ هَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ... ﴾ ^(٥) وَلَكِنْ تَوَسَّعَ الْأَصْحَابُ فِي هَذَا ؛ لِأَنَّ صَوْمَ شَهْرَيْنِ يَكَادُ يَكُونُ أَشَقَّ مِنْ إِعْتَاقِ عَبْدٍ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا كَبِيرٌ تَفَاوُتٍ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ زَكَاةُ الْفَطْرِ ، ^(٦) فَإِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَيْهِ كُلُّ مَا فَضَلَ ^(٧) عَنْ قَوْتِ الْيَوْمِ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ ، وَتَرْكُهُ إِبْطَالٌ لَا إِبْدَالٌ .

أَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ ^(٨) غَائِبٌ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ الصُّومُ ؛ لِأَنَّ الْكُفَارَةَ عَلَى التَّرَاخِي ، وَيُمْكِنُ أَدَاؤُهَا عَنْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بِخِلَافِ قِضَاءِ الصَّلَاةِ ، فَإِنَّهُ تَجُوزُ بِالتَّيْمِمِ مَعَ تَوَقُّعِ الْمَاءِ فِي ثَانِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ مُتَوَقَّعٌ فِي كُلِّ حَالٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَيَعْتَبَرُ إِعْسَارُهُ عِنْدَ الْوُجُوبِ أَوْ الْأَدَاءِ ؟ قُلْنَا : فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ يَعْتَبَرُ حَالَةُ الْوُجُوبِ تَغْلِيظًا لِمِثَابَةِ الْعُقُوبَاتِ ، فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ مَعِيرًا ثُمَّ أُيْسِرَ ، وَأَعْتَقَ : جَازَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِيِّ . وَذَكَرَ صَاحِبُ « التَّقْرِيبِ » وَجْهًا : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّرْتِيبَ بَعِيدٌ ، وَإِلَّا فَالْصُّومُ أَشَقُّ . وَهُوَ بَعِيدٌ ؛ إِذِ الْمَعْسَرُ لَوْ تَكَلَّفَ الْإِعْتَاقَ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُنْمَعَ . نَعَمْ ، ذُكِرَ وَجْهَانِ فِي الْعَبْدِ إِذَا أُعْتِقَ ^(٩) قَبْلَ الصُّومِ وَأَيْسَرَ ، أَنَّهُ هَلْ يُعْتَقَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا لَوُجُوبِ الْعَتَقِ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَهَذَا مَنْقُوحٌ .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الانجلاء » .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) من الآية (٤) من سورة (المجادلة) .

(٦) في (أ) : « فإنه يصرف كل ما فضل ... » .

(٧) كلمة : « مال ساقطة من (ب) .

(٨) في (ب) : « إذا عتق » وهو صحيح أيضًا .

القول الثاني : أنه يعتبر حالة الأداء تشبيهاً بالعبادات ، ^(١) إذ يعتبر - في القعود في الصلاة ، وفي التيمم - حالة الأداء ^(٢) ، وهذا ^(٣) مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) . وعلى هذا ^(٤) ، لو شرع في الصوم ثم أيسر ، لا يقطع عليه ؛ لأنه إذا شرع في البدل فقد استقر الأمر كالتيمم ، إذا وجد الماء بعد الشروع في الصلاة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) والمزني : لا مبالاة بالشروع ، بل يستقر الأمر بالفراغ ^(٥) ؛ لأن وزان الشروع ^(٥) في الصوم ، الشروع في التيمم دون الصلاة ، وعندهما تنتقض الصلاة برؤية الماء ^(٦) .

ومن أصحابنا من وافق المزني هاهنا . فعلى هذا القول نقول : الواجب الصوم ، بشرط أن يستمر الإعسار إلى الفراغ .

(١) في (أ) : « إذ يعتبر القعود والتيمم في صلاة حالة الأداء » . ويعني أن من وجبت عليه الصلاة وهو قادر على القيام ، فلا يجوز له القعود فيها ، فإذا أخرها قليلا ، فعجز عن القيام ، فيجوز له القعود . وكذلك من وجبت عليه الصلاة وهو واجد للماء ، لا يجوز له التيمم ، فإذا أخرها ، فتعذر الماء - أو لم يستطع استعماله لعذر شرعي - جاز له التيمم . وقد نص الشافعي (رحمه الله) على هذا كما في الأم (٢٨٣/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٦) .

وهذا القول - أعني اعتبار حالة الأداء - هو الأظهر . انظر روضة الطالبين (٢٩٨/٨) . مغني المحتاج (٦٥/٣) . الغاية القصوى (٨٣٣/٢) .

وهذا مذهب أبي حنيفة أيضاً والمزني (رحمهما الله) لكن عندهما يستقر الأمر بالفراغ من الأداء . انظر : الهداية (٢٨/١) ومختصر المزني ص (٦) .

(٢) في (أ) : « وهو » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وعليه ... » .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ص (٢١٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن مثال الشروع » .

(٦) انظر الهداية (٢٨/١) . مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ص (٢٦) للشيخ حسن الشرنبلالي الحنفي . وعندهم أن هذا مقيّد برؤية الماء مع القدرة على استعماله .

القول الثالث : أنه يُعتبر أغلظُ الحالتين ^(١) ، فإذا أيسر عند الأداء أو عند الوجوب ،

لزم / العتقُ احتياطاً . وعلى هذا لو كان معسراً في الطرفين ، وتخلَّل اليسارُ لم يؤثر ، ٢٠٩/ب
فكأن ما اقتضاه حالةُ الوجوبِ لا يغيِّره إلا حالةُ الأداء .

وأما العبد فمعيَّسٌ ^(٢) وكفارته بالصوم . وأما الإطعامُ والعتقُ ^(٣) ، فيبني على أنه هل يملك بالتملك ، والعتقُ أولى بأن يمتنع ^(٤) عليه . والصحيحُ : أنه لا يملك بالتملك .

ثم إن العبدَ لا يصومُ إلا بإذنِ السيِّد ، إلا إذا حلف وحنث بإذنه . فإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه لم يَصُمْ ، وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه فوجهان ، وإنما يعتبرُ إذنه ؛ لأن حقَّ السيِّد على الفور ، والصومُ على التراخي ^(٥) بخلاف شهر رمضان ^(٦) .

وأما من نصفه حرٌّ ونصفه عبدٌ ، فهو كالأحرارِ في الكفارة ، وكالعبيد ^(٧) في الجمعة والشهادة والولاية . وصدقةُ فطره تنوزع على الرقِّ والحرية .

النظر الثاني : في حكم الصوم .

وفيه مسائل :

إحداها : أنه يجب عليه تبييُّثُ النيةِ ، ولا يجبُ تعيينُ جهةِ الكفارة . نعم ، ينوي صومَ الكفارة . وهل ينوي التابع ؟ فيه وجهان ^(٨) . فإن قلنا : ينوي ، يكفيه ذلك في الليلة [الأولى] ^(٩) أو يجددُها كُلَّ ليلةٍ ؟ فيه وجهان . وإذا مات لم يَصُمْ

(١) في (أ) : « الحالين » .

(٢) في الأصل : « وكفارته بالصوم أو بالإطعام ، وأما العتق .. » وهذا خطأ ظاهر ؛ إذ كفارته بالصوم فقط ؛ لأنه لا يملك بالتملك . وانظر روضة الطالبين (٣٠٠/٨) .

(٣) في (أ) : « يمنع » . (٤) في (أ) : « بخلاف رمضان » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وكالعبد » .

(٦) والأصح أنه لا يجب التابع . انظر الروضة (٣٠١/٨) . مغني المحتاج (٣٦٥/٣) .

(٧) ساقطة من (أ) .

عنه وليه على الصحيح ^(١) .

الثانية : يصوم شهرين بالأهلة ، فإن ابتدأ في أثناء شهر صام الشهر الثاني بالهلال ، وكمل الشهر الأول ثلاثين من الشهر الثالث خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٢) .

الثالثة : لا بد من التابع في كفارة الظهار ، والوقاع ، والقتل ، فلو أفسد اليوم الأخير أونسى النية فيه ، وجب استئناف الكل . وهل يفسد ما مضى أو ينقلب نفلاً ؟ فيه وفي نظائره قولان .

أما إذا وطئ المظاهر ليلاً لم يفسد تتابعه ، ولكنه يعصي ؛ إذ التابع قائم ، والتقديم على الوطء قد فات . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يستأنف ^(٣) .

(١) كيف يكون صحيحاً ، وقد قال النبي ﷺ : « من مات وعليه صيام ، صام عنه وليه » . وهو حديث صحيح رواه مسلم في صحيحه (٨٠٣/٢) برقم (١١٤٧) . وقد ثبتت عدة أحاديث في قضاء الصوم عن الميت ، وأن ذنن الله أحق بالقضاء ، ولذلك قال النووي (رحمه الله) : « يستحب لوليته أن يصوم عنه ، ويصح صومه عنه ، ويترأ به الميت ، ولا يحتاج إلى إطعام عنه ، وهذا القول هو الصحيح المختار الذي نعتقده ، وهو الذي صححه محققو أصحابنا الجامعون بين الفقه والحديث ؛ لهذه الأحاديث الصحيحة الصريحة . وأما الحديث الوارد « من مات وعليه صيام أطعم عنه » فليس بثابت ... » ١ . هـ من شرح النووي على صحيح مسلم (٢٥/٨) .

(٢) اتفق الأئمة على أن من بدأ الصيام من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلة ، أجزأه ذلك ، وسواء كانا تامين أو ناقصين . وإن بدأ في أثناء شهر ، فصام ستين يوماً أجزأه ، بلا خلاف .

وأما الصورة المختلف فيها ، فهي إن بدأ صيامه في أثناء شهر وصام الشهر الثاني بالهلال ، ثم أتم الشهر الأول ثلاثين من الشهر الثالث ، فهذه الصورة لها حالتان :

(الأولى) : إن تم الجميع ستين يوماً ، أجزأه بلا خلاف .

(الثانية) : إن لم يكمل المجموع ستين يوماً ، ففيه خلاف . فعند الشافعية والمالكية والحنابلة أن ذلك يجزئه ، وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فعنده لا يجزئه ذلك إلا أن يتمه ستين يوماً . انظر : الأم (٢٨٣/٥) . المذهب مع المجموع (٨٦/١٩) المغني لابن قدامة (٣٧٨/٧) . الفتاوى الهندية (٥١٢/١) . الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٢/٧) .

(٣) مذهب الشافعية : أن من كانت كفارته بالصيام ، فوطئ المظاهر منها ليلاً متعمداً ، لم يفسد تتابعه ، وإن كان عاصياً بذلك . انظر : الأم (٢٧٩/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٤) . المذهب مع تكملة المجموع (٨٦/١٩) . روضة =

الرابعة : الحيض لا يقطع التابع . والمرض الذي يُبيح مثله الإفطار ، فيه قولان مشهوران :

أحدهما : أنه لا يقطع [التابع] ^(١) ؛ لأنه لا يزيد وصف التابع ^(٢) على وصف شهر رمضان ^(٣) .

والثاني : أنه يقطع ؛ لأن تدارك التابع ها هنا ممكن بخلاف وصف رمضان ^(٤) . وفي السفر قولان مرتبان وأولى بأن يقطع ؛ لأنه منوط بالاختيار . ولو قيل : إنه لا يقطع - على بُعْدٍ - فلا يبعد أن يُجزىء فيما إذا نسي النية ، ولا قائل به ، لأنه مقصّر بالنسيان ، ولذلك يلزمه الإمساك دون الحائض والمسافر إذا زال عذرهما .

فرع : ^(٥) لو أرادت الحائض أن تفطر ، ثم بعد الطهر تستأنف شهرين ^(٦) ، ففيه إحباط لوصف الفرضية من الصوم السابق ، فهذا فيه احتمال ، والأظهر جوازه ؛ لأنه على التراخي ، وما مضى لا يفسد ، وكانت الفرضية موقوفة على الفراغ .

= الطالبين (٣٠٦، ٣٠٢/٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أن تتابع الكفارة يُفسد بالوطء . وهو مذهب المالكية ، والحنابلة . وقد اشتهد نكير ابن العربي المالكي على قول الشافعي (رحمه الله) هذا حتى قال : هذا كلام من لم يَدُقْ طعم الفقه !! انظر : المبسوط (٢٢٥/٦) . العناية على الهداية (٢٦٦/٤) ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) . الفتاوى الهندية (٥١٢/١) . أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٧/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٤/١٧) . المحرر في الفقه (٩٣/٢) . الفروع (٥٠٥/٥) . المبدع (٦٣/٨) . الإنصاف (٢٢٧/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشف القناع (٣٧٩/٥) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « على وصف رمضان » .

(٣) والجديد من قول الشافعي (رحمه الله) أنه يقطع التابع . انظر الروضة (٣٠٢/٨) . مغني المحتاج (٣٦٥/٣) .

(٤) في (أ) : « لو أرادت الحائض أن تفطر بعد الطهر وتستأنف شهرين » .

الخصلة الثالثة

الإطعام

ويعدل إليه العاجز عن الصوم بالهَرَمِ ، والمرضى الذي يدوم شهرين ، وليس توقع الصحة بعده كتوقع رجوع المال الغائب بعد شهرين ؛ لأن مَنْ له مالٌ غائب يُسَمَّى واجِدًا ، وهذا يُسمى عاجزًا في الحال . وفي انتقال المسافر إلى الإطعام تردّد .

وأما الشَّبَقُ ^(١) المفِرطُ ، فالظاهر : أنه لا يُرَخَّص في العدول إلى الإطعام . وهو القياس ، وفيه وجهٌ يستند إلى حديث الأعرابي ^(٢) ، وقد ذكرنا إشكاله في الصوم .

والنظر بعد هذا في : قَدْرُ المَخْرَجِ ، وجنْسه ، والمَخْرَجُ إليه ، والإخراج :

أما جنسُ المخرج ، فهو كزكاة الفطر . وأما قدره فستون مدًّا ^(٣) .

وأما المَخْرَجُ إليه ، فالمسكينُ الذي يجوز صرفُ الزكاة إليه . ولا يجوز عندنا أن يُصرف إلى مسكين واحد ستين مدًّا في ستين يومًا ، خلافًا لأبي حنيفة

(١) الشبق : هو شدة ميل النفس إلى الوطء ، فلا يكاد يصبر على تركه . انظر المصباح المنير (٤٦٢/١) مادة (ش ب ق) .

(٢) وهو حديث حسن : رواه أبو دود (٦٦٠/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (١٧) باب في « الظهار » حديث (٢٢١٣) وفيه « .. فقال له النبي ﷺ : « خَرِّزْ رَقَبَةً » قلت : والذي بعثك ما أملك رَقَبَةً غيرها - وضربتُ صفحة عنقي - قال : « فَضُمُّ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ » قال : وهل أصبْتُ الذي أصبْتُ إلا من الصيام ؟! قال : « فَأَطْعِمُ وَسَقِّمُ » تمرين ستين مسكينًا » قلت : والذي بعثك بالحق ، لقد بَتْنَا وَخَشِين ، ما لَنَا طعامٌ . قال : « فَاَنْطَلِقْ إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِي زُرَيْقٍ ، فَلْيَدْفَعْهَا إِلَيْكَ ، فَأَطْعِمْ سِتِينَ مَسْكِينًا وَسَقِّمُ تَمْرًا ، وَكُلْ أَنْتَ وَعِيَالُكَ بِقِيَّتِهَا ... » قال : فرجعتُ ... الحديث . ورواه الترمذي (٣٧٧/٥) حديث (٣٢٩٩) وحسنه . ورواه ابن ماجه (٦٦٥/١) حديث (٢٠٦٢) . ورواه أحمد في مسنده (٤٣٦/٥) والحاكم في مستدركه (٢٠٣/٢) وقال : صحيحٌ على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٨٥/٧) ورواه جميعًا من طرق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن سليمان بن يسار عن سلمة ابن صخر البياضي ، وهو الأعرابي المذكور ، صحابي أنصاري خزرجي ويقال له : البياضي ، وكان (رضي الله عنه) أحد البكائين . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٢٣٠/١) .

(٣) والمُدُّ يساوي بالجرامات خمسمائة وأربعة وأربعين جرامًا . انظر : معجم ألفاظ الفقهاء ص (٤١٧) .

(رحمه الله) ^(١) ، فلا بُدَّ من رعاية عدد المساكين ؛ لإظهار الآية ^(٢) .
وأما الإخراج ، فهو التملك والتسليط التام ؛ فلا يكفي التغذية والتعشية بتقديم
التمر ^(٣) إلى المساكين .

--

(١) مذهب الشافعية : لا يجوز صرف كفارة الإطعام إلى شخص واحد ، بل لابد من العدد ، وهو ستون ، لأن الله
نص على ذلك . وهذا مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٢٨٤/٥) . مختصر المنزني ص (٢٠٦) الروضة (٨/٣٠٥) . تكملة
المجموع شرح المذهب (٩١/١٩) . الكافي ص (٢٨٥) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٧/١٧) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجوز إطعام مسكين واحد ستين يومًا ، ولو دفع الكل إليه مرة واحدة ، لا يجوز ؛ لأن
التفريق واجب بالنص . فأما التملك منه في يوم واحد في دفعات ، فقليل : لا يجزئه ، وقيل : يجزئه . انظر :
الاختيار (١٦٦/٣) . فتح القدير (٢٧١/٤) . ملتقى الأبحر (٢٨٥/١) . الفتاوى الهندية (١/٥١٣) . الدر المختار
(٤٧٩/٣) .

ومذهب الحنابلة : أنه لا يجوز صرف ستين مدًا للمسكين واحد ، إلا أن لا يجد مسكينًا غيره ، فيجوز دفعها إليه
حينئذ . انظر : الفروع (٥٠٧/٥) . المبدع (٦٥/٨) . الإنصاف (٢٣٠/٩) . كشاف القناع (٣٨٦/٥) .

(٢) يعني بالآية قوله تعالى : ﴿ فإطعام ستين مسكينًا ... ﴾ [المجادلة : ٤] .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الطعام » .

كتاب اللعان (١)

(١) هو لغة : المباحدة . ومنه قولهم « لعنه الله » أي : أبعدوه وطرده ، وسمي بذلك ليُغْد أحد الزوجين من الرحمة ، أو ليُغْد كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبداً .

وهو شرعاً : كلمات معلومة ، مجعّلت حجةً للمضطر إلى قذف من لطم فراشه ، وألحق العار به ، أو إلى نفي وليد ، كما سيأتي إن شاء الله . وسميت هذه الكلمات لعاناً ؛ لقول الزوج : عليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين . وإطلاقه في جانب المرأة من مجاز التغليب . انظر : المصباح المنير (٢ / ٨٥٤) مادة (ل ع ن) . مغني المحتاج (٣ / ٣٦) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٩١ ، ٣٩٢) .

واللعان عبارة عن أيمان يذكر اللعان فيها مَنْ نسب زوجته إلى الزنا، فيدرك الحُدَّ والنسب عن نفسه بمجرد يمينه؛ وذلك رخصة لمسييس الحاجة إلى صيانة الأنساب، وعُشر إقامة البيّنة على زنا المرأة.

وردت أولًا في عويمر بن مالك العجلاني ^(١)، قذف زوجته بشريك بن السحماء،

(١) في (أ)، (ب): «هلال بن أمية». وهو صحيح أيضًا، وهذه السياقة - التي أوردتها الغزالي - إنما صحت من حديث هلال. وقد ورد الحديث في كل منهما. مما يدل على تعدّد القصة قطعًا كما يقول الحافظ ابن حجر (رحمه الله)، ومن العجيب أن كلا من عويمر بن مالك وهلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء، ويبدو أن الأخير كان يهوديًا ثم أسلم. انظر: تهذيب الأسماء (٤١/٢). فتح الباري (٣٥٧/٩).

أولاً: قصة هلال بن أمية: روى البخاري في صحيحه (٣٠٣/٨) كما في الفتح (٦٥) كتاب «التفسير» (١) باب ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ﴾ حديث (٤٧٤٧). بإسناده إلى ابن عباس أن هلال بن أمية، قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البيّنة، وإلا حدّ في ظهرك». فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً، ينطلق يلتمس البيّنة؟! فجعل النبي ﷺ يقول: «البيّنة وإلا حدّ في ظهرك». فقال هلال: «والذي بعثك بالحق، إني لصادق، فَلْيَنْزِلْنِ اللَّهُ مَا يُرِيءُ ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ» فنزل جبريل، وأنزل عليه ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾. ورواه مسلم بإسناده عن أنس قال: «إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، وكان أول رجل لاعن في الإسلام...» الحديث. انظر صحيح مسلم (١١٣٤/٢) (١٩) كتاب «اللعان» حديث (١٤٩٦).

ثانياً: قصة عويمر العجلاني: روى البخاري في صحيحه (٣٠٣/٨) كما في الفتح (٦٥) كتاب «التفسير» (١) باب ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ...﴾ الآية. حديث (٤٧٤٥) بإسناده عن سهل بن سعد أن عويمراً أتى عاصم بن عدي - وكان سيد بني عجلان - فقال: كيف تقولون في رجل وجد مع امرأته رجلاً، أ يقتله فتقتلونه، أم كيف يصنع؟! سلّ لي رسول الله عن ذلك. فأتى عاصم النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، فكّر رسول الله ﷺ المسائل، فسأله عويمر، فقال: إن رسول الله ﷺ كره المسائل وعابها. قال عويمر: والله، لا أنتهي حتى أسأل رسول الله ﷺ. فجاء عويمر فقال: يا رسول الله، رجل وجد مع امرأته رجلاً، أ يقتله فتقتلونه؟ أم كيف يصنع؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد أنزل الله القرآن فيك وفي صاحبك» فأمرهما رسول الله ﷺ بالملاعنة... الحديث.

قال الحافظ ابن حجر: «وقد اختلف الأئمة في هذا الموضع: فمنهم من رجح أنها نزلت في شأن عويمر. ومنهم من رجح أنها نزلت في شأن هلال، ومنهم من جمع بينهما بأن أول من وقع له ذلك هلال، وصادف مجيء عويمر = أيضًا، فنزلت في شأنهما في وقت واحد، وقد جنح النووي إلى هذا». فتح الباري (٣٠٤/٨ وما بعدها).

فقال ﷺ : « لتأتين بأربعة شهداء ، أو لأجلدنَّ ظهرك » فاعتمَّ ، وقال : أرجو أن يُنزل الله قرآنا يُبرِّئ ظهري . فنزل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ... ﴾ الآية (١) .

ونظرَ الكتاب في قسمين : القذف ، واللعان .

= وقال أيضًا في موضع آخر : « وظهر لي احتمال ، وهو أن يكون عاصم سأل قبل النزول ، ثم جاء هلال بعده ، فنزلت عند سؤاله ، فجاء عويمر في المرة الثانية - التي قال فيها : « إن الذي سألتك عنه قد ابْتُلِيَتْ به » - فوجد الآية نزلت في شأن هلال ، فأعلمه ﷺ أنها نزلت فيه ، يعني أنها نزلت في كل من وقع له ذلك ؛ لأنَّ ذلك لا يختص بهلال . فتح الباري (٣٥٩ / ٩) وما بعدها .

(١) ونصّها : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور : ٦] .

القسم الأول

في القذف

(وفيه بابان)

الباب الأول

فيما يكون قذفاً من كافة الخلق ، وفي موجه

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في ألفاظ القذف

وفيه ^(١) ثلاثة أقسام : صريح ، وكناية ، وتعريض ^(٢) / .

١/٢١٠

أما الصريح : فهو كقوله : « يا زاني » أو « زني » أو « زنى فرجك » ، وكذلك ذكر « النيك » و « إيلاج الفرج » مع الوصف بالتحريم . فهذا لا يُقبل فيها تأويلٌ .

أما الكناية : فكقوله للنبطي : « يا عربي » ، أو للعربي : « يا نبطي » فإن أراد الزنا فهو قذفٌ ، وإلا فلا . ثم إذا أنكر إرادة الزنا توجهت اليمين عليه ، وإنما يتم القذفُ باعترافه بالتية ؛ إذ به يحصل الإيذاء التام ، ويجب الحد بينه وبين الله تعالى إذا نوى .

(١) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٢) الكناية عند أهل الأصول : « ما استتر المراد منه ، وهو أن يتكلم بالشيء ويريد غيره » ومن ثم فلا بُدَّ من النية ، أو ما يقوم مقامها - من دلالة الحال أو القرائن المحتقة بالكلام - وذلك حتى يُعرف ماذا قصد القائل .

وأما التعريض ، فهو : « تضمين الكلام دلالة ليس لها فيه ذكر » . كقولك : « ما أقبح البخل » تعريضاً بشخص ما . والفرق بين الكناية والتعريض ، أن الكناية ذكر الرديف وإرادة الردف ، كقولك : فلان طويل النجاد ، كثير الرماد ، تعني أنه طويل مضياف . انظر : أنيس الفقهاء ص (١٥٦) وما بعدها .

وإن أنكر النية كاذباً ، فهل يلزمه إظهار النية ؟ فيه نظرٌ ، من حيث إن فيه إيذاءً ، فيبعد إيجابه ، وسرُّ ذلك - لكف الأذى - أولى إلا أن يرهق إليه باليمين ، فلا يُباح له اليمين الغموس ؛ فيلزمه الاعترافُ . وقد قال الأصحاب : يجب عليه الإظهار بكل حال ، كما لو قال ^(١) في خُفية ، فيلزمه الإظهار ^(٢) . وقد ذهب بعضُ العلماء إلى أنه لا قذف بالكناية ؛ لأن الإيذاء لا يتم [به] ^(٣) .

وأما التعريضُ : فكقوله : « يا ابنَ الحلالِ » وكقوله : « أما أنا فلستُ بزاني » فهذا ليس بقذف وإن نوى ؛ لأن اللفظَ ليس يُشعر به ، ولقد جاء رجلٌ من فزارة إلى رسول الله ﷺ وقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسودَ - مُعَرِّضاً بزناها - فلم يجعله رسول الله ﷺ قاذفاً ، ولكن قال : هل لك إبلٌ ؟ فقال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حُمْرٌ ، قال : فهل فيها أسودٌ ؟ قال : نعم ، قال : فَلِمَ ذلك ؟ قال : لعلَّ عرقاً نَزَعَ ، فقال النبي ﷺ : « لعلَّ عرقاً نزع » ^(٤) . وقال مالك (رحمه الله) : « التعريض قذف » ^(٥) . والحديثُ حجةٌ عليه .

(١) كذا بالنسخ الثلاثة ، ولعلها « قَتَلَ » انظر روضة الطالبين (٣١٢ / ٨) .

(٢) من قوله : « وقد قال الأصحاب ... إلى قوله : فيلزمه الإظهار » ساقط من (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) الحديث رواه البخاري (٣٥١ / ٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٢٦) باب « إذا عَرَضَ بنفي الولد » حديث (٥٣٠٥) بإسناده عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، وَلِدَ لي غلامٌ أسودٌ !! فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حُمْرٌ ، قال : هل فيها من أُرُق ؟ قال : نعم ، قال : فَأَتَى ذلك ؟ قال : لعله نَزَعَ عرقٌ ، قال : فلعلَّ ابنك هذا نَزَعَهُ . ورواه مسلم (١١٣٧ / ٢) (١٩) كتاب « اللعان » حديث (١٥٠٠) ورواه أبو داود (٦٩٤ / ٢) حديث (٢٢٦٠) والترمذي (٣٨٢ / ٤) حديث (٢١٢٨) والنسائي (١٧٨ / ٦) وابن ماجه (٦٤٥ / ١) حديث (٢٠٠٢) جميعاً من طرق عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به . وقوله : « أُرُق » هو الذي فيه سواد غير حالك ، بل يميل إلى الغيرة ، ومنه قيل للحمامة : وَرَقَاءَ .

(٥) مذهب الشافعية : أن التعريض ليس قذفاً إلا إذا نوى به القذف . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) وعن الإمام أحمد روايتان : أظهرهما وجوب الحد فيه على الإطلاق - نوى أو لم ينو - والرواية الأخرى كمذهب الشافعي . انظر : الأُم (٢٩٣ / ٥) . مختصر المزني ص (٢١٤) . المبسوط (١٢٠ / ٩) . رد المحتار (٤٨٣ / ٣) ، (٨٠ / ٤) . الإفصاح لابن هبيرة الوزير (١٧١ / ٢) .

ويتم النظر في الألفاظ برسم مسائل :

إحداها : إذا قال لامرأة : « زنيْتُ بك » فهذا إقرارٌ بالزنا ، وقذفٌ للمرأة ، فعليه حدّان ، وكان يُحتمل أن لا يُجعل قاذفًا ؛ لاحتمال أن يفسّر بأنها كانت مُستكرهَةً ، ولم تكن مختارة ، ولكن لجعل قاذفًا اعتمادًا على ما يقتضيه الظاهر .

ولو قال لامرأته : « أنت زانية » فقالت : « زنيْتُ بك » فراجعناها ، فإن أرادت ^(١) الزنا قبل النكاح سقط حدُّ القذف عن الزوج ، ووجب عليها حدّان : حدُّ الزنا ، ^(٢) وحدُّ القذف للزوج ^(٣) . فإن رجعت سقط عنها حدُّ الزنا ، ولا يسقط حدُّ القذف ؛ إذ الرجوع لا يسقط حقَّ آدميٍّ ، إنما يسقط حدود الله تعالى . ولو قالت : أردتُ نفّي الزنا كما يقول القائل : سرقْتُ ، فيقول المخاطبُ : سرقْتُ ، سرقْتُ معك ، فيقبل قولها مع اليمين ، ويكون لها طلبُ حدِّ القذف من الزوج ؛ لأن ذلك معتادٌ في الجواب . وقد اختلف أصحابنا فيما لو قال : لي عليك دينارٌ ، فقال : زنته ، أنه هل يكون إقرارًا ؟ .

الثانية : لو قال : يا زانية ، فقالت : أنت أزنى مِنِّي ، فهو قاذفٌ ، وليست هي مُقرّةٌ ، ولا قاذفةٌ للزوج ؛ لأنها لم تنسب ^(٤) لنفسها زنا حتى يكون هو زانيًا بكونه أزنى منها . ولا نقول : إن الترجيح ^(٥) يوجب المشاركة في الأصل ؛ فإن عادة المشاقمة لا تُنزّل على وضع اللسان . نعم ، لو قال : فلان زاني ، وأنت أزنى منه ، فهو قذفٌ للشخصين جميعًا . ولو قال : أنت أزنى من فلان ، فليس بقذف .

⁼ ومذهب المالكية : أن التعريض قذف . انظر القوانين الفقهية ص (٣٦٢) .

(١) في الأصل : « أراد » وهو خطأ . والصواب ما في نسختي (أ) (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وحدّ قذف الزوج » .

(٣) في (أ) : « لم تثبت » .

(٤) يعني بالترجيح صيغة الفعل ، فإنها على وزن « أفعل » وهو يقتضي اشتمال الطرفين على الصفة المشتركة بينهما إلا أنها في أحدهما أشدّ ظهورًا .

وكذا^(١) لو قال : أنت أزني من الناس ، أو أزني الناس^(٢) . ولو قال : في الناس زناة ، وأنت أزني منهم ، كان قذفًا . ولا نقول : إنه يعلم أن في الناس زناة وإن لم يذكر ، بل يُنظر إلى لفظه . ولو قال : أنت أزني من فلان - وكان قد ثبت زنا فلان بالبيّنة ، وكان القائل جاهلاً - لم يكن قذفًا . وإن كان عالمًا ، كان قذفًا .

ولو قالت : أردت أنك زانٍ ، ولست أنا زانية ، فهي قاذفة ، فلكل واحد على صاحبه حدٌّ ، ولا يتقاصَّان ؛ لأن المقاصَّة في العقوبات - مع تفاوت موقعها في النفوس - لا وجه له^(٣) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يتقاصَّان^(٤) .

الثالثة : إذا قال للرجل : يا زانية ، أو للمرأة : يا زاني ، فهو قاذفٌ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) في الصورة الأولى^(٥) ؛ والسبب : فيه أن الإشارة تُقدَّم على التَّحوُّل والتذكير والتأنيث . ولا خلاف أنه لو قال للرجل : زني ، وللمرأة : زني ، أنه قاذفٌ . ولو قال : زنات في

(١) في (أ) : « وكذلك » . (٢) وهذا ليس قذفًا ؛ لأننا نعلم باليقين كذب القاذف في هذا ؛ إذ مقتضاه أن الناس كلهم زناة ، وأن هذا المقذوف أشد زنا منهم .

(٣) يعني أن وقع القذف على إنسانٍ ما لا يتساوى مع وقوعه على نفس إنسان آخر ، فلكل فرد مرتبته الاجتماعية وحالته النفسية والخلقية ، فربما يكون إنسان لو قذف ، لكان هذا القذف سببًا في دمار حياته ، ورُبَّ إنسان آخر لا يؤثر فيه القذف شيئًا .

(٤) مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا تقاصُّ في الحدود . أما ما يستلزم تعزيرًا ، فهذا يمكن فيه التقاصُّ . قال في الدر المختار : « إذا قال لآخر : يا زاني ، فقال الآخر : لا ، بل أنت ، حدًّا ؛ لعلية حق الله تعالى فيه ، بخلاف ما لو قال : يا خبيث ، فقال : بل أنت ، لم يُعْتَرَأ ؛ لأنه حقهما ، وقد تساوى ، فتكافأ » . الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥٣ / ٤) .

(٥) مذهب الشافعية : إذا قال للرجل : يا زانية ، فهو قاذف . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الأم (٢٩٥ / ٥) . الوجيز (٨٥ / ٢) . الغاية القصوى (٨٣٨ / ٢) . الإفصاح (١٧٠ / ٢) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه إذا قالت المرأة - أو الرجل - لرجل : « يا زانية » مع تاء التأنيث ، فلا حدَّ على القائل ؛ استحسانًا وهو قول أبي يوسف أيضًا . وقال محمد : عليه الحدُّ . ولو قال لامرأة : يا زاني ، فعليه الحدُّ اتفاقًا ؛ لأن تاء التأنيث تحذف للترخيم . انظر المبسوط (١١٤ / ٩) .

الجبل ، وقال : أردت الترقِّي^(١) فيه ، فليس بقاذف . ولو قال : زنيته في الجبل ، وقال : أردت الترقِّي^(٢) فهل يُقبل ؟ وجهان^(٣) . ووجهُ القبول : أنَّ حذفَ الهمزة قد يَغلب على اللسان ، وقرينةُ ذِكرِ الجبل تشهد له . ونصُّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو قال : يا زانية في الجبل ، أنه قذف^(٤) . وقيل : يُفَرَّق بين^(٥) البصير في العربية^(٥) ، والجاهل ؛ فلا يُقبل حذف الهمزة من البصير .

الرابعة : إذا قال : زني فرجك ، فهو قذف ، ولو قال : زني عينك ، أو يدك ، أو رجلك . ففيه وجهان . وظاهر ما نقله المزي (رحمه الله) أنه قذف^(٦) . وهو فاسد ؛ إذ قال ﷺ : « العيان ترنيان ، واليدان ترنيان »^(٧) .

(١) في (أ) ، (ب) : « الرقي » . وقوله « زنأت في الجبل » أي : صعدت فيه . انظر المصباح المنير (٣٩٤ / ١) مادة (زنأ) .
(٢) سقط ما بين الرقمين من (ب) .

(٣) والأصح أنه قذف . انظر الروضة (٣١٦ / ٨) . المنهاج ص (١١٣) . مغني المحتاج (٣ / ٣٦٨) .
نهاية المحتاج (٧ / ١٠٦) .

(٤) نصُّ الشافعي في الأم (٢٩٦ / ٥) : « لو قال رجل لامرأته : « يا زانية » ثم قال : عنيث « زنأت في الجبل » حُذ ، أو لآعن ؛ لأن هذا ظاهر التزنية . ولو وصل الكلام فقال : « يا زانية في الجبل » أحلف ما أراد إلا الرقي في الجبل . فإن لم يحلف ، حُذ لها إذا حلفت : لقد أراد القذف » . أما ما نقله الغزالي (رحمه الله) فهو - كما قال النووي - « نُقِلَ الغوراني عن الشافعي وتابعه عليه الغزالي في « الوسيط » وصاحب « العدة » ، ولم أرَ هذا النقل لغير الغوراني ومتابعيه ، ولم ينقله إمام الحرمين ؛ فليُعمد ما رأيته في الأم ، فإن ثبت هذا كان قولاً آخر » الروضة (٣١٦ / ٨) .

قلت : والفرق بين ما قاله الشافعي في الأم ، وبين ما نقله الغزالي ، أن ما في الأم نصُّ بأن هذا القول - يا زانية في الجبل - كناية ، وما نقله الغزالي عنه حكّم بأن هذا القول صريح لا يحتمل التأويل .

(٥) في (أ) : « البصير بالعربية » .

(٦) والمذهب أن هذا كناية . انظر روضة الطالبين (٣١٧ / ٨) . المنهاج ص (١١٤) . الغاية القصوى (٨٣٧ / ٢) ومغني المحتاج (٣ / ٣٧٠) .

(٧) الحديث رواه البخاري (٢٨ / ١١) (٧٩) كتاب « الاستئذان » (١٢) باب « زنا الجوارح دون الفرج » حديث (٦٢٤٣) بإسناده عن ابن عباس قال : ما رأيت شيئاً أشبه باللمم مما قال أبو هريرة عن النبي ﷺ : « إن الله كتب على ابن آدم حظّه من الزنا ، أدرك ذلك لا محالة : فزنا العينِ النظر ، وزنا اللسانِ المنطق ، والنفسِ تمنى وتشتهي ، والفرجُ يصدق ذلك كله ويُكذِّبه » .

وَمَنْ جعله قاذفًا قال : ذَكَرَ صريح الزنا وأضافه إلى البعض ، ^(١) ومن ضرورة الإضافة إلى البعض الإضافة إلى الكل ^(٢) ، ولو خرج ذلك عن كونه صريحًا / لكان قوله : « يا زاني » غَيْرَ ٢١٠/ب صريح ؛ إذ له أن يُفسَّر فيقول : ^(٣) أردتُ بالزاني العين ^(٤) .

الخامسة : إذا قال لولده : لست مني ، أو لست ولدي ، ثم قال : أردتُ أنك لست تُشبهُني خَلْقًا وُخْلُقًا ، لم يكن قاذفًا . نص عليه ^(٥) . ونص أن ^(٦) الأجنبي إذا قال : لست ولد فلان : أن ذلك لا يُقبل منه ، ويكون قاذفًا . فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، وإليه مِثْلُ المزني (رحمه الله) :

أحدهما : أنه يُقبل منه ؛ لِغُرُوءِ اللَّفْظِ عن ذكر الزنا ، واحتمالِ ما قاله .

والثاني : أن ذلك لا يُفهم منه في العادة .

ومنهم مَنْ فَرَّقَ ، بأنَّ الأبَّ يُحتملُ منه ذلك في مَعْرِضِ التَّأْدِيبِ دُونَ الأجنبي . والأقيسُ : أنه كناية في الموضوعين جميعًا ؛ إذ ربما ينسب إليه الوطء بالشبهة ، أو يُنكر ولادته على فراشه . ثم إذا فسر بشيء من ذلك ، فلا يخفى كيفية فَضْلِ الخصومة في نفي الولد ولُحُوقِهِ ^(٧) .

السادسة : إذا قال للولد المنفي باللعان : لست من الملائع . فإن أراد به النفي الشرعي ،

= ورواه مسلم في صحيحه (٢٠٤٦/٤) (٤٦) كتاب «القدر» (٥) باب «قُدِّرَ على ابن آدم حفظه من الزنا وغيره» حديث (٢٦٥٧) . ورواه أبو داود (٦١١/٢) حديث (٢١٥٢) ثلاثتهم من طرق عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس به مرفوعًا .

(١) في (أ) ، (ب) : « ومن ضرورته إضافته إلى الكل » .

(٢) في (أ) : « أردت الزاني بالعين » .

(٣) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (٢١٣) . وقوله : « نص عليه » ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) وَفَضْلُ الخصومة - نفياً ولُحُوقاً - أنه إن قال : أردت أنه من وطء شبهة ، فلا قذف . فإن ادعت إرادته القذف ، حلف على ما سبق ، والولد لاحق به إن لم يُعَيَّنِ الوطء بالشبهة ، أو عَيَّنَهُ ولم تصدقه ولم يقبل الولد . وإن صدق وادعى الولد ، غُرِضَ على القائف ، فإن أحق به لحقه ، وإلا لاحق بالزوج . انظر : روضة الطالبين (٣١٨/٨) .

فليس بقاذف .^(١) وإن كان أراد تصديق الملاحن^(٢) في نسبة الولد إلى الزنا ، فهو قاذف .

ولو قال لِقَرَشِي : لست من قرشي ، فإن قال : أردت أن واحدة من أمهاته في الجاهلية زنت ، فليس بقاذف ؛ لأنها غير معينة^(٣) . ومن قال^(٤) : واحد من أهل البلد زنى - أو الناس زناة - فلا يكون قاذفًا^(٥) ما لم يعين .

* * *

(١) في (أ) : « فإن أراد به تصديق الملاحن » .

(٢) لكنه يُعزَّر ؛ للأذى . انظر : الوجيز (٨٦ / ٢) . روضة الطالبين (٣٢٠ / ٨) .

(٣) في (أ) : « ولو قال » . (٤) في (أ) : « قذفاً » .

الفصل الثاني

في مُوجب القذف

والقذف يُوجب التعزير ، إلا إذا صادف محصناً فيوجب الحدَّ ثمانين جلدة^(١) .

وخصال الإحصان : التكليف ، والإسلام ، والحرية ، والعفة عن الزنا الموجب للحدِّ ؛ فإنَّ مَنْ ثبت منه الزنا ، فكيف يُصان عرضه ، مع أن القاذف صادق ؟! نعم ، يُعزَّر . وأما الوطء الحرام الذي لا يوجب الحدَّ لقيام ملك ، أو شبهة ملك ، فهل يُنظر الإحصان ؟ فيه خلاف ، وله درجات . فإذا وطئ مملوكته المحرمة برضاع أو نسب ، ففيه وجهان^(٢) وفي الجارية المشتركة ، أو جارية الابن ، وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يُنظر الإحصان^(٣) . وفي مذهب^(٤) الشافعي (رضي الله عنه) - إذا وطئ في النكاح بلا ولي - وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا ييطل . وفي الوطء بالشبهة وظنَّ الزوجية وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا ييطل . ووجه إبطاله : أن ذلك يدل على قلة التحفظ . ولو كان قد جرى صورة الفاحشة في الصبي ، فوجهان مرتبان على الوطء بالشبهة ، وأولى بأن لا ييطل .

أما الوطء في الحيض والصوم والإحرام ، فلا يُنظر . وفيه وجه بعيد : أنه يُنظر . أمَّا مقدّمات الوقاع - من اللمس ، والقُبلة - فلا تُسقط الإحصان .

فروع

الأول : لو زنى المقدوف [بعد القذف]^(٥) وقبل الحدِّ ، نصَّ أن الحدَّ يسقط . ونصَّ في

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ الآية [النور : ٤] .

(٢) قال في الروضة : إذا وطئ مملوكته المحرمة - كأخته أو عمته - برضاع أو نسب ، علماً بالتحريم ، فإن قلنا : يُوجب الحدَّ ، بطلت حصانته . وإن لم نوجب الحدَّ ، تبطل أيضاً على الأصح ؛ لدلالته على عدم عقته ، بل هذا أفحش من الزنا بأجنبية . روضة الطالبين (٨ / ٣٢١ وما بعدها) .

(٣) ما بين الرقعتين ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « وفي نص » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

الردة : أنه لا يسقط ^(١) . وعُلِّل ذلك بأن الزنا لا يقع هجوماً ، بل يتقدمه في الغالب مُراوداتٌ تقدح في المروءة . وهذا ضعيفٌ ؛ لأن المِراودات السابقة لا تُبطل الإحصانَ ، ولا يُمكن أن يقال : الزنا لا يقع هجوماً ؛ فإنه لا بُدَّ وأن يكون له أوَّل ، والردةُ أيضاً لا تخلو عن تقدُّم تردُّداتٍ ، بل السببُ : أن مَنْ ثبت زناه في الحال ، يبعد أن يُجلد ظهره لصليانة عرضه - وهو قد هتك عرضه - بخلاف المرتدِّ إذا عاد ، فإنَّ العرض قائمٌ ، وقد كان الإسلام موجوداً عند القذف . وقال المزني (رحمه الله) : « لا يسقط بطرآن الزنا كما لا يسقط بطرآن الردة » ^(٢) . وقيل : هو قولٌ قديمٌ للشافعي (رضي الله عنه) .

الثاني : من زنى مرةً ^(٣) في عمره ، ثم عاد وحسنت حاله ^(٤) . قال القاضي : لا حدٌّ على قاذفه ؛ لبطلان إحصائه ؛ فإن اسم الزاني لا يسقط عنه . وهذا بعيدٌ فيما إذا صرح بقذفه بزنا جديد ، ولكن كأنَّ العرض إذا انخرم بالزنا ، فلا يزيله الخلُّ بالعقة بعده .

الثالث : لو أقام القاذفُ بينةً على زنا المقذوف سقط عنه الحدُّ ، ويكفيه لذلك شاهدان . ولو عجز فطلبَ يمينَ المقذوفِ على أنه ما زنى ، ففيه قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأن ظاهره الإحصانُ ، ولا عهدَ باليمين على نفي الكبائر .

والثاني : نعم ؛ لأنه لو أقرَّ به لسقط عنه الحدُّ ، فَلْيَحْلِفْ أَوْ لِيَتَكُلَّ حتى يحلفَ القاذفُ ^(٥) .

الرابع : لو مات المقذوف قبل استيفاء حدِّ القذف ، ثبت الحدُّ والتعزيرُ لوارثه ؛ لأنَّ الغالب عندنا في حدِّ القذف حقُّ الآدميين . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُورث ^(٦) .

(١) انظر الأم (٢٩٥ / ٥) .

(٢) انظر الروضة (٣٢٤ / ٨) .

(٣) في (أ) : « من زنى بامرأة » وهو خطأ ؛ إذ السياق يأباه .

(٤) في (أ) : « حالته » .

(٥) الموافق لكلام الأكثرين من الشافعية أن له تحليفه . انظر الروضة (٣٢٥ / ٨) .

(٦) مذهب الشافعية : أن حد القذف وتعزيره حقُّ آدمي ، يُورث عنه إذا مات المقذوف قبل استيفاء حد القذف أو التعزير ، ويسقط بعفو المقذوف . انظر : الأم (٢٩٢ / ٥) . المنهاج ص (١١٤) . روضة الطالبين (٣٢٥ / ٨) . =

واعترف بأنه لو قذف ميتاً ، فلو ارثه طَلَبَ الحَدَّ ابتداءً^(١) .

ولو قذف مُورَثَه ، فمات المورث سقط الحد ؛ لأنه صار شريكاً في استحقاق الحد على نفسه . ثم فيمن يَرث ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُوزَّع على فرائض الله تعالى^(٢) .

والثاني : أنه يختص بالنسب ؛ إذ لا مدخل للزوج في حماية العرض ودفع العار .

والثالث : أنه يختص بالعصبات من النسب / الذين لهم ولاية التزويج لدفع العار . وعلى ٢١١/ هذا لا يستحق الابن . ومنهم من قال : يستحق ؛ لأنه أقوى العصبات في الميراث .

ولو عفا أحد الورثة سقط الكل على وجه ؛ لأنه لا يتجزأ . ولم يسقط على وجه ؛ لأنه يستحيل أن يطل حق الباقيين من غير بدلي بخلاف القصاص الذي له بدل . والثالث : أنه يُوزع ،

= ومذهب الحنفية : أن حد القذف حق من حقوق الله تعالى ، وعليه تتخرج الفروع - المختلف فيها بينهم وبين الشافعية - مثل الصلح ، والعفو عن المقذوف ، وتوريث دعوى القذف ، فلا يصح شيء من هذا عند الحنفية . وروي عن أبي يوسف أنه يجوز للمقذوف العفو عن القاذف وإن رفع إلى السلطان . انظر : المبسوط (١٠٩ / ٩) . رءوس المسائل ص (٤٣٦) . طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص (٢١٩) . الهداية مع فتح القدير (٣٢٦ / ٥ وما بعدها) . حاشية ابن عابدين (٥٢ / ٤) .

واختلف قول مالك في جواز عفو المقذوف عن قاذفه عند السلطان ، فمرة قال : لا يجوز إلا أن يريد ستراً على نفسه . ومرة قال : يجوز على كل حال . ولم يختلف قوله أنه يجوز عفو عن القاذف قبل رفعه إلى السلطان . انظر : الكافي ص (٥٧٧) .

ومذهب الحنابلة : أنه إن طالب المقذوف بالحد ثم مات ، ثبت لوارثه . أما إذا مات قبل الطلب فلا يثبت لوارثه

(١) انظر المبسوط (١١٢ / ٩) . العناية على الهداية (٣٢٢ / ٥) .

(٢) هذا الوجه هو أصحها . انظر الروضة (٣٢٦ / ٨) . المنهاج ص (١١٤) . مغني المحتاج (٣٧٢ / ٣) . نهاية المحتاج (١١٠ / ٧) .

فيسقط نصيبه^(١) .

الخامس : إذا قُذِفَ المجنون^(٢) بزناً قبل الجنون^(٣) ، فالحدُّ يجبُ ، ونصبر إلى إفاقة ، وليس للولي الاستيفاء ؛ لأنه متعلّق بتشفي الغيظ ، فلو مات ثبت لوارثه .

ولو قُذِفَ مملوكٌ ، فحقُّ طلب التعزير له ، لا لسيده ؛ لأنه من خواصِّ حقوقه . بل لو قذفه سيده استحقَّ العبدُ تعزيره على المذهب الظاهر . ومنهم من قال : يُقال له : لا تَعُدْ ، فإن عاد يُعزَّر كما يُعزَّر لو زاد في استخدامه على الحدِّ الواجب .

ولو مات العبدُ بعد استحقاق التعزير على أجنبيٍّ ، فهل يَسْتوفيه السيّد ؟ فيه وجهان^(٤) ، ووجهه : أنه أولى الناس به إلا أنه لا قرابة .

* * *

(١) أصح هذه الأوجه ، أنه يجوز - لمن لم يَقِفْ - استيفاء جميع الحد . انظر الروضة (٣٢٦/٨) . المنهاج ص (١١٤) .

(٢) في (أ) : « بزنا حال الجنون » وهو أليق .

(٣) قال في الروضة (٣٢٨/٨) : « يستوفيه سيده ؛ لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت ، كالحدّ . قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ، ولكنه أخصّ الناس به ، فمات له في حياته ، يكون لسيده بعد موته بحق الملك كمال المكاتب » .

الباب الثاني

في قذف الأزواج خاصة

وفيه فصول :

الفصل الأول

« فيما يُبَيِّح القذف واللعان ، أو يُوجبه »^(١)

واعلم أن قذف الزوج في إيجاب الحد والتعزير ، كقذف الأجانب ، ولكن يُفارق الأجانب في ثلاثة أمور :

أحدها : في أنه قد يُباح له القذف ، ويجب عليه لضرورة نفي النسب .

والثاني : أن العقوبة التي تتوجه عليه - مِنْ حَدٍّ وتعزير - تندفع باللعان .

والثالث : أن المرأة تتعرض لحدِّ الزنا بلعانه إلا إذا دفعت عن نفسها باللعان ؛ لقوله تعالى :

﴿ وَيَذَرُهَا عَنِ الْعَذَابِ أَنْ تَشْهَدَ ... ﴾ الآية ^(٢) .

وإنما يُباح له القذف إذا استيقن ^(٣) أنها زنت ، أو غلب على ظنه ذلك . ولكن إذا لم يكن ولدً ، فالأولى أن يُطلقها ولا يقذف ، ولا يلاعن ، ولكن لو فعل لم يَأْثُم . وهذا فيه غموض ، ولكن كأن القذف واللعان ، كالانتقام منها حيث لَطَخَتْ فراشه .

^(٤) ثم تحصل الغلبة على الظن ^(٥) بقول عدلٍ حكى مشاهدته ^(٥) الزنا . وتحصل مهمما

(١) في (أ) : « فيما يبيح اللعان أو يوجبه » .

(٢) ونصها ﴿ وَيَذَرُهَا عَنِ الْعَذَابِ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ الآيتان [النور : ٨ ، ٩] .

(٣) في (ب) : « يتيقن » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ثم تحصل غلبة الظن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مشاهدة » .

استفاضَ بين الناس أنَّ فلانًا يزني بها إذا رأى مع ذلك مخيلة ، بأنَّ رآها معه في خلوة . فإن تجردَ أحدُ المعنيين لم يحلَّ له ذلك ؛ لأنَّ الخلوة مرةً ، لا تدل على الزنا . نعم ، لو رآها معه تحت شِعار^(١) ، على نعتٍ مكروه : حلَّ له القذف ، وإن كان لا تحلُّ الشهادة بهذا القدر . وإن رآها في الخلوة مرارًا متكررةً ، فهذا قريبٌ من المرة الواحدة إذا انضمت^(٢) إليه الشيوعُ ؛ فإن مستند أهل الاستفاضة ، هو مشاهدة ذلك مرارًا .

أما نُفْيُ الولد باللعان ، فإنما يجوز بينه وبين الله تعالى إذا تيقَّن أن الولدَ ليس منه ، بأن لم يكن وطئها ، أو كان يعزل قطعًا ، أو أتت بولدٍ قبل ستَّة أشهرٍ من وقتِ الوطء . وقال مالك (رحمه الله) : لا مبالاةٌ بالعزل ، وليس له اللعانُ إذا اعترف بالوطء ، وأمكن إحالة الولد عليه^(٣) . أما إذا استبرأها بحيضة بعد الوطء ، ثم أتت بولدٍ ، فهذا هل يُبيح النُفْيُ ؟ فيه ثلاثة أوجه : أحدها : نعم ؛ لأن ذلك أمارَةٌ شرعيةٌ على النُفْيِ ، ولذلك يندفع النسب عن التابع . والثاني : أنه إن ظهر مع ذلك أمارَةٌ الزنا : جاز ، وإلا فلا يجوز ؛ لأن الحيض ليس بقاطع ، والحاملُ قد تحيض^(٤) .

والثالث : أنه يجوز ، ولكن حيث يجوز النفي يجب ؛ لأن السكوت عن إلحاقِ الباطلِ حرامٌ ، إذ النسبُ يتعلَّق^(٥) بأحكام كثيرة ، ولكن هاهنا وإن جاز ، فلا يجب .

(١) الشُّعار : الثياب ، ويطلق أصلًا على الثياب التي تلي جسد الإنسان مباشرة . وما فوقه يسمى « الدُّثار » . ولعل المقصود هنا ما يشبه الملاعة أو نحوها والله أعلم . انظر اللسان (٤ / ٢٢٧٥ وما بعدها) . القاموس (٥٣٤) مادة (ش ع ر) .

(٢) في (أ) : « إذا انضم » .

(٣) مذهب المالكية : أنه إذا كان يعزل عن امرأته وأتت بولد : لحقُّه ، ولا مبالاة بعزله ؛ لأن الماء قد يسبق . انظر : القوانين الفقهية ص (٢١٧) . الشرح الصغير (٢ / ٦٦١) .

(٤) وهذا الوجه الثاني هو ما ذكره الغزالي في الوجيز (٢ / ٨٧) ولم يذكر غيره . وانظر الروضة (٨ / ٣٢٩) . والغاية (٢ / ٨٤٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « متعلَّق » .

وقال الإمام : لا يبعد أن لا يُوجب اللعان ؛ لأنه إفضاخ وقَدْخ في المروءة ، فنقول : إنما يحرم الاستلحاق كاذباً ، أما إذا ألحق الفراش به وهو ساكتٌ ، فلا يبعد أن لا يحرم السكوت . وهذا غير منقذ في صورة اليقين ؛ لأن أمر النسب عظيمٌ ، فلا يقضى عليه بالرسوم والمروءات . ولا خلاف في أنه لا يلحق النفي بمجرد مشابهة الولد لغيره في الخلق والخلق ،^(١) ومخالفته للولد^(٢) في الحسن والقبح . نعم ، لو كان الأب في غاية البياض ، والولد في غاية السواد ، أو العكس : ذكر العراقيون وجهين . وهذا ينقذ إن كان مع ذلك تظهر مخيلة الزنا ، فأما مجرد ذلك فلا ؛ فلعل عزقاً قد نزع . وأبو حنيفة (رحمه الله) حيث يُلحق وَلَدَ المشرقيِّ بالمغربي ، فلا شك في أنه يبيح القذف ، ويحرمه عند إمكان العلوق بالوطء ، ونحن لا نُلحق النسب إلا بعد ستة أشهر من وقت إمكان الوطء^(٣) .

فرع : إذا أثبت بوليد لمدة الإمكان ، ولكن الزوج رآها تزني ، واحتمل أن يكون من الزنا . فلو قذفَ ولأَعَنَ : انتفى في الظاهر ؛ بدليل قصة العجلاني ، ولكن لا يُباح له ذلك مع تعارض ٢١١/ب الاحتمال . ثم قال الأصحاب : ليس له القذف واللعان إن ترك نفي النسب . وقد صرحوا بجواز

(١) في (ب) : « ومخالفته الوالد » .

(٢) مذهب الشافعية : أنه لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يُمكن إمكان الوطء . فإذا نكحها وطلقها في المجلس ، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا تحتمل وصول أحدهما إلى الآخر ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة ، أو جرى العقد والزوجان متباعداً ، كأن يكون أحدهما بالشرق والآخر بالمغرب ، وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد ، ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان .

ومذهب المالكية والحنابلة : أنه لا يلحق النسب إلا بعد ستة أشهر من إمكان الوطء ، لا من حين العقد كمذهب الشافعية . انظر : الروضة (٨ / ٣٣٠) . الكافي ص (٢٨٩) . المقنع ص (٢٥٦) وما بعدها . المغني (٧ / ٤٢٨ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أنه يلحق به الولد إذا جاءت به لستة أشهر من وقت العقد ، وهو ما يثبت به الفراش ، ولو لم يحصل التقاء بينهما ظاهراً ، ومثال ذلك تزوج المشرقية بالمغربي ، يثبت نسب ولدها من الزوج . وقد استدلو بهذا باستدلال عجيب وغريب جداً ، وهو أنه يحتمل أن يكون الزوج من أهل الكرامات ومن أهل الخطوة !!! فيحصل التقاء بينهما ولا يراه الناس . انظر رد المحتار (٣ / ٥٥١) . الهداية (٢ / ٣١٤) .

القذف إذا لم يكن ولدٌ ، لمجرد الانتقام من الزنا ، فهذا محتملٌ ، وغاية تعليله : أنه إذا كان ثمَّ ولدٌ - لم يُعْزَ نفثه - فنسبناها إلى الزنا بغير الولد وتُطلق الألسنة في نسبهِ ، فلا يقاوم هذا الغرضُ غرضَ التشفيِّ ، فليقتصر على طلاقها إن أراد ؛ ^(١) نظرًا لولده والذي لحقه ^(١) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « نظرًا لولده الذي لحقه » . وما قاله الغزالي في الوجيز في هذه المسألة أوضح مما هنا ، إذ قال (رحمه الله) : « ولو أتت بالولد لزمان الإمكان ، ولكن رآها تزني ، وأراد اللعان دون نفي الولد لمجرد الانتقام : لم يعز على المشهور ؛ نظرًا للولد حتى لا تطول فيه الألسنة » . الوجيز (٨٧ / ٢) .

الفصل الثاني

في أركان اللعان ومجاريه

وللعان سبب وهو القذف، وثمره، وأهل - أعني الملاعن - فهذه ثلاثة أركان سوى ألفاظه .
الركن الأول : الثمرة . وثمرته أربعة ^(١) : ^(٢) نفى النسب ، أو قطع النكاح ، أو دفع عقوبة القذف ، أو دفع عار الكذب في القذف ^(٣) .

أما نفى النسب في النكاح - إن تجرد - جاز اللعان لأجله ، وإن لم تكن عقوبة بعفوها مثلاً ^(٤) . وكذلك إن لم يكن قطع نكاح ، بأن كان قد أبانها . ولو تجرد غرض الدفع للعقوبة - ولم يكن ولد ولا قطع نكاح - جاز اللعان ، كما لو قذفها وأبانها ، ولم يكن ولد . ولا فرق بين أن تكون العقوبة حداً أو تعزيراً ، بأن تكون الزوجة أمة ، أو ذميمة ، أو غير محصنة على الجملة . وفيه وجه بعيد : أن اللعان لدفع التعزير غير جائز . وهو ضعيف ؛ فإنه عقوبة محذورة ، وقد تنتهي إلى قريب من الحد . وهذا إذا كان التعزير لتكذيبه ، فيكون له غرض في تصديق نفسه ، وفي دفع العقوبة ، فيجتمع الغرضان .

فإن كان تعزير تأديب لا تعزير تكذيب ، مثل أن ينسبها ^(٥) إلى زنا قد قامت ^(٦) البينة عليه من قبل ، أو اعترفت به ^(٧) : فيؤدّب ؛ لإيذائه بتجديد ذكر الفاحشة عليها . وقد نقل المزني (رحمه الله) ها هنا أنها إن طلبت ذلك ، عُرّز ولم يلتعن ^(٨) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وثمراته أربعة » وهو أليق .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نفى النسب ، وقطع النكاح ، ودفع عقوبة القذف ودفع عار الكذب في القذف » .

(٣) يعني بسبب عفوها عنه .

(٤) في الأصل : « إلى الزنا فقد قامت » . وفي (أ) : « إلى زنا قامت » . والمثبت من (ب) .

(٥) في الأصل : « أو اعترف به » وهو خطأ واضح .

(٦) انظر ما نقله عن الشافعي (رحمه الله) في مختصره ص (٢٠٨) .

ونقل الزبيعي (رحمه الله) : ('عُزِّرَ إِنْ لَمْ يَلْتَعَنْ ')^(١) ، فمنهم مَنْ قطع بأنه يُلاعِن ، وغُلِّطَ المزني (رحمه الله) . ومنهم من قطع بأنه لا يُلاعِن ، وغُلِّطَ الربيع ،^(٢) ومنهم من قال : قولان^(٣) . والأصح : أنه لا يَلْتَعَنْ ؛ لأن اللعان حجة تصديقي ، فكيف يُقام على ما ثبت صدقه ، وإنما اندفاع العقوبة تابع لظهور صدقه باللعان ، وهذا مُعْتَرَفٌ به ، فلا يَزِيدُهُ اللعان وضوحاً .

فرعان

أحدهما : أَنْ طَلَبَ العقوبة إليها لا إلى السَّلاطِن ، فَإِنْ عَفَتْ ، فهل يُلاعِنُ إذا لم يكن غرض آخر من نسبٍ يُدْفَعُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ دَفْعَ عَارِ الكذب مقصودٌ أيضاً ، وإفصاحها أيضاً - للانتقام منها - مقصودٌ باللعان المؤبد للحرمة ، فله إقامة الحجة ، وإنما يندفع^(٤) هذا باعترافها لا بعفوها .

والثاني : أنه لا يُلاعِن ؛ لأن هذا غرضٌ ضعيفٌ ، واللعان حجة ضرورة^(٥) ، فلا بد من غرضٍ مُهِمٍّ ، كدفعِ النسبِ أو العقوبة ، أمَّا قطعُ النكاحِ فممكِنٌ بالطلاق^(٦) .

أما إذا سكت عن الطلب ، فوجهان مُرتَبان ، وأولى بجواز اللعان ؛ لأن غرضه الطلب . وهذا الخلافُ يرجع إلى أن طلب العقوبة ، هل هو شرطُ اللعانِ ، إذا لم يكن ثَمَّةً^(٧) غرضٌ من : دفعِ^(٨) نسبٍ ، وقطعِ نكاحٍ ؟ . وإن كانت مجنونةً ، فوجهان مرتبان على العفو ، وأولى بالجواز .

(١) في (أ) : « أنه يُعَزَّرَ ولم يَلْتَعَنْ » . وانظر الأم (٢٨٧ / ٥) .

(٢) في الأصل : « ومنهم من قال قولين » والأولى ما في (أ) ، (ب) وهو المثلث .

(٣) في (ب) : « يدفع » .

(٤) كلمة : « ضرورة » ساقطة من (أ) .

(٥) وهذا هو الصحيح أنه ليس له اللعان ؛ إذ لا ضرورة . انظر الروضة (٨ / ٣٣٣) .

(٦) كلمة : « ثمة » ساقطة من (أ) .

(٧) قوله : « من دفع » ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

الثاني : لو قال : زنى بك ممسوخ ، أو قال للزَّناء : زني ، فهو كلام محال ، وليس فيه إلا التعزير ؛ للإيذاء ، ولا سبيل إلى اللعان ؛ إذ كيف يُكْفَرُ مِنْ أَنْ يحلف على ما يُعلم أنه كاذب [فيه] ؟ . وذكر العراقيون [فيه] ^(١) وجهين كما في تعزيز التأديب . وهو بعيد .

الركن الثاني : الملاعن . وشَرْطُه أهلية اليمين مع الزوجية .

أما أهلية اليمين ، ^(٢) فتعني به أنه لا ^(٣) يُشترط أهلية الشهادة ^(٤) فيصح لعان العبد ، والذمي ، والمحدود في القذف ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٥) .

ثم الذمي لا يُجبر على اللعان إلا إذا رَضِيَ بحكمنا . فإن طلبت المرأة اللعان ، وامتنع الزوج ^(٦) ، فهل يُجبر ؟ فيه قولان يجريان ^(٧) في كل خصومة تجري بين أهل الذمة [إن] ^(٨) رضي بحكمنا أحد الخصمين . أما إذا لَاعَنَ ، وامتنعت ولم تَرْضَ بحكمنا : لم تُجبرها على اللعان ولا على الحد ؛ فإن الحد حق الله تعالى ، لا حق الزوج فلا غرض للزوج في لعانها . وهكذا

(١) زيادة من (أ) . (٢) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وأهلية الشهادة هي : الإسلام ، والتكليف ، والحرية ، والعدالة ، والمروعة ، والبعد عن التهمة . انظر : روضة الطالبين (١١ / ٢٢٢) . والغاية القصوى (١٠١٧ / ٢) .

(٤) مذهب الشافعية : أنه يصح لعان العبد والذمي والمحدود في القذف . ومذهب المالكية : أنه يصح لعان العبد ولا يصح لعان الذمي والفاسق . وعن الإمام أحمد روايتان ، والمذهب : أنه يجوز لعان العبد والذمي . انظر : الأم (٢٨٦ / ٥) . مختصر المزني ص (٢٠٨ ، ٢٠٩) . الروضة (٣٣٤ / ٨) . الكافي ص (٢٨٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) . الشرح الصغير (٢ / ٦٥٨) . بداية المجتهد (٢ / ١٤١) . المنقح ص (٢٥٥) . المغني (٧ / ٣٩٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح لعان العبد ، ولا المحدود في القذف ، ولا الذمي ؛ لأنهم ليسوا من أهل الشهادة ، واللعان شهادات مؤكدة بالآيمان . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . المبسوط (٧ / ٤٠) . ردوس المسائل (٤٣٢) . الهداية (٢ / ٣٠٣) .

(٥) كلمة : « الزوج » ليست في الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « يجري » . وفي (ب) : « يجريان » وهو المثبت .

(٧) زيادة من (ب) وهي زيادة مهمة .

لو قذف المسلم زوجته الذمية فامتنعت ، فلا تُجبرها ^(١) وإنما عليها حدُّ الزنا ، وهو حقُّ الله تعالى لا حقُّ الزوج ^(٢) . نعم ، المسلمة إذا امتنعت من اللعان ، ولم يطلب الزوج لعانها ، عَرَضَناها لحدِّ الزنا حتى تلاعَنَ إن شاءت الدفع . ومن أصحابنا مَنْ أجرى القولين في إجبار المرأة الذمّية . وهو بعيدٌ .

الشرط الثاني : الزوجية . فلو قذف الأجنبي ، فلا يُلاعَنُ . والنظر في نكاح ضعيف ^(٣) بالطلاق ، أو الرّدة [و] ^(٤) في النكاح الفاسد .

أما الرجعية ، فيلاعَن / عنها ، ولا يتوقف على الرجعة ، بخلاف الإيلاء والظهار ؛ لأنَّ ٢١٢/ مقصودُ اللعان نفْيُ ^(٥) النسب والتحريمُ المؤبّد ودفعُ الحدِّ ، وكلُّ ذلك ^(٦) لا يُنافيه حالُ الرجعة ^(٧) .

أما إذا ارتدَّ بعد المسيس فَقَذَفَ ^(٨) ، أو كان قذْفُهُ [بزنا] ^(٩) قبل الرّدة ، فإن لَاعَنَ في الرّدة ، ثم عادَ إلى الإسلام : صَحَّ لعانُهُ كما صَحَّ ^(١٠) لعان الذمّي ، فإن أَصْرَبَتْ بفسادِ لعانِهِ ، وعند ذلك هل يقضى بوجوب الحدِّ مع جريان لعانٍ فاسدٍ ؟ فيه وجهان ^(١١) ، سنذكر مأخذَهُما .

أما إذا نكح نكاحاً فاسداً - أو وطئ بالشبهة ، ثم قذف - فإن كان ثمَّ نسبٌ تعرّض للحقوق ، وأراد نَفْيَهُ ، فيلاعَنُ ويندفعُ الحدُّ ^(١٢) ؛ لأن اللعان عندنا يستقلُّ بمقصودِ نفْيِ النسبِ خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١٣)

(١) في (أ) . « وإنما عليها حد الله تعالى ، لا حق الزوج » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ضَعُفٌ » . (٣) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « نفْي » ساقطة من (ب) .

(٥) في (أ) : « الرجعية » . وفي (ب) : « لا ينافي حال الرجعة » .

(٦) في (أ) : « وقذف » . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كما يصح » .

(٩) والأصح : أنه لا يندفع حدُّ القذف عنه . انظر الروضة (٨ / ٣٣٥) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « ويندفع الحدُّ » .

(١١) مذهب الشافعية : أنه لا يُشترط لجواز اللعان تعلُّق جميع ثمراته به ، فنفي النسب هو المقصود الأصلي ؛ فيجوز اللعان له وحده وإن كان لا ينقطع به نكاح ، أو لا يسقط به عقوبة ، كأن يكون أبانها ، أو عَقَّتْ عن العقوبة =

..... وإن لم يكن [ثُمَّ] ^(١) نسب ، فهو كالأجنبي ، لا يلاعن وعليه الحد .

فإن ظنَّ صحة النكاح ، فَلَا عَنَ عند القاضي ، ثم بان فساده ، فهل تندفع العقوبة ؟ فيه وجهان كما في المرتد المصير :

أحدهما : لا ؛ لأن اللعان فاسد ^(٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن الحد يندفع بالشبهة ، وهذه حجة قامت على ظنِّ الصحة في مجلس القاضي .

ثم مهما جرى اللعان في النكاح الفاسد ، ففي تعلُّق الحرمة المؤبَّدة به خلاف ، مأخذه : أنه لم يُفقد تحريراً ، ^(٣) فكان التأييد تابع للحرمة ^(٤) ، وقد كانت هي محرمة ^(٥) . وكذلك في لعانها

= أو أقام بينة بزناها . وعندهم : يجوز نفى الحمل في أثناء الحمل ، وبعد وضعه مباشرة بعد علمه به .

ومذهب المالكية : أنه يجوز اللعان لنفي الحمل ، ولكن بشرط أن يدَّعي أنه لم يطأها لأمد يلحق به ، أو يدعي الاستبراء بحضة بعد الوطء . ويشترط أن يُثَّيقه قبل وضعه ، فإن سكت حتى وضعته حدٌ ولم يلاعن . ويُشترط أيضاً ألا يطأها بعد رؤيته زناها ، فإن وطئها لم يلاعن . انظر : الروضة (٨/ ٣٣٢) . الكافي ص (٢٨٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا نفى الرجل حبل امراته ، فقال : هو من الزنا ، فلا لعان بينهما ، ولا يُحدَّ قبل الوضع . ثم عند أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إذا جاءت بالولد ، ثبت نسبه من الزوج ولا يجري اللعان بينهما بذلك النفي السابق . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ نفى ، فكذلك - أي لا يلاعن - وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لاعن ولزم الولد أمه ؛ إذ تيقنا أن الحبل كان موجوداً حين نفاه عن نفسه ، فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء . انظر : المبسوط (٤/ ٤٤٧) وما بعدها . الهداية (٣٠٥/ ٢) . فتح القدير (٤/ ٢٩٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح أنه لا يندفع عنه الحد ، وعليه فلا يثبت شيء من أحكام اللعان . وهذا في حالة إذا لم يكن ولدٌ . الروضة (٨ / ٣٣٦) .

(٣) في الأصل : « فكان التأييد تابعا للحرمة » .

(٤) وفي الروضة (٨ / ٣٣٦) أن الحرمة تتأيد بهذا اللعان على الأصح .

خلافً ، يرجع حاصله إلى أنها ، هل تتعرض للحدّ بسبب لعانه ؟^(١) فمنهم من قال : نعم ؛ لقيام حجة صحيحة على زناها . ومنهم من قال : لا ؛ لأن إيجاب الحدّ عليها بعيدٌ عن القياس ، فيختص بمقصود الانتقام من تلطيخ الفراش ، فلا يجري إلا في نكاح صحيح .

أما إذا قذف^(٢) في نكاح صحيح^(٣) ، ثم أبانها ، فله أن يلاعن لدراء النسب إن كان ، أو لدفع العقوبة ؛ لأنه جرى القذف حيث كان معذورًا ، فكان يجوز له اللعان ، فلا يتغير بما يطرأ بعد ذلك .

أما إذا قذفها - في النكاح - بزنا قبل النكاح : فإن لم يكن نسبٌ ينفيه باللعان ، لم يلاعن . وإن كان ، فوجهان . ووجه المنع : أنه قصّر ؛ إذ ذكر التاريخ ، فكان ينبغي أن يقتصر على القذف واللعان^(٤) .

أما إذا قذف بعد البينونة . فإن كان ثم ولدٌ ، فله اللعان ، وإلا فلا ؛ لأنه قذفٌ أجنبيٌّ . وفيه وجه : أنه إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح ، لآعن . وهذا لا وجه له .

فروع

الأول : إذا قذفها ، فلاعن ، ثم أبانها ، ثم قذفها : فلا لعان ؛ لأنه قذف بعد البينونة . وأما الحدّ فينظر : فإن قذفها بذلك الزنا الذي لآعن عنه ، فلا حدّ ، ولكن يلزمه التعزير للإيذاء . ولو قذفها بزنيّة أخرى ، فقولان^(٥) :

(١) والأصح : أنه لا يلزمها حدّ الزنا ، ولا تلاعن معارضةً للعان . انظر الروضة (٨ / ٣٣٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في نكاح فاسد » .

(٣) والصحيح : أنه لا يلاعن ؛ لأنه مقصر بذكر التاريخ ، وكان حقه أن يطلق القذف . فعلى هذا ، له أن ينشئ قذفًا ويلاعن لنفي النسب ، فإن لم يفعل لزمه الحدّ . انظر الروضة (٨ / ٣٣٧) . مغني المحتاج (٣ / ٣٨٣) . نهاية المحتاج (٧ / ١٢٤) .

(٤) قال الحموي : « قوله : (إذا قذفها ، ثم أبانها ثم قذفها ، فلا لعان ؛ لأنه قذف بعد البينونة ، وأما الحد فينظر : إن قذفها بذلك الزنا الذي لآعن عنه ، فلا حد ولكن يلزمه التعزير للإيذاء ، ولو قذفها بزنيّة أخرى فقولان ... إلى آخره) .

قلت : إذا قذفها فلاعن لدفع النسب إن كان ولدٌ ، وإلا فيلاعن لدفع الحد ، فإن عفت فلا يلاعن ، وإن قذف =

أحدهما : وجوب الحد كما إذا لم يتقدّم لعان .

والثاني : لا ؛ لأنه سقطت حصانئها^(١) في حقّه بحجة اللعان .

= بعد البيونة لاعن إن كان ثم ولدٌ ، وإلا فلا ، وإن قذفها في النكاح بزنا قبل النكاح يلاعن إن لم يكن ولدٌ ، وإن كان فوجهان ؛ لأنه قصّر بذكر التاريخ إذا ثبت هذا .

قلت : ذكر الشيخ البيونة بعد اللعان لا معنى له ؛ فإن البيونة حاصلة باللعان لما لا يخفى لا سيما إذا وقع ذلك بعد لفظة « ثم » ؛ لكونها موضوعة للترتيب والتراخي ، وهذا إشكال ظاهر .

قلت عنه جوابان : أحدهما : أن يقال : ذكر الشيخ قبل هذه المسألة مسألة أخرى وهي : أنه لو ظن صحة النكاح فلاعن عند القاضي ثم بان فساده ، فهل تندفع العقوبة به ؟ فيه وجهان كما في المرتد المصير : أحدهما : لا ؛ لأن اللعان فاسدٌ . والثاني : نعم ؛ لأن الحد يندفع بالشبهة . وهذه حجة قامت على ظن الصحة في مجلس القاضي ، ثم مهما جرى اللعان في النكاح الفاسد ففي تعلق الحرمة المؤبدة به خلاف ، مأخذه : أنه [لو] لم يعد محرماً لكان التأيد مانعاً للحرمة وقد كانت هي محرمة ، وكذلك في لعانها خلاف يرجع حاصله إلى أنها تتعرض للحد بسبب لعانه ، فمنهم من قال : نعم ؛ لقيام حجة صحيحة على زناها ، ومنهم من قال : لا ؛ لأن إيجاب الحد عليها بعيدٌ عن القياس ، فيختص بالزوج فمقصوده الانتقام من تلطيخ الفراش ، فلا يجري إلا في نكاح صحيح ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : إن الذي ذكره الشيخ يبنى على أن النكاح الفاسد لا يقتضي عند وجود اللعان التحريم على التأيد على أحد القولين ، وإذا كان كذلك أمكن أن يتزوجها بعد ذلك ثم يطلقها طلاقاً ثانياً ثم يقذفها وذلك لا يتنافى كما لا يخفى .

الجواب الثاني : أمكن أن يقال : إن أكثر الشيء يُطلق عليه ما يطلق على جميعه بطريق المجاز من حيث اللغة ، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ الْحَجَّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ ﴾ ومعلوم أن أشهر الحج شهران وعشر ليالٍ ، وذلك لا يطلق عليه « أشهر » من حيث إن أقل الجمع ثلاثة ، لكن لما كان كذلك هو المَعْظَم أطلق عليه ما يطلق على الكل تجوّزاً ، وإذا كان كذلك [أمكن أن يطلق عى اللعان لعاناً بطريق التجوّز ، وإذا كان كذلك] كان ذكر البيونة بعده نافياً للمجاز ، وجرى ذلك مجرى التوكيد فصار حقيقة فيه ، ولما كان اللعان عند أبي حنيفة (رحمه الله) يتم بدون الكلمة الخامسة ، وعندنا لا يتم إلا بها - أرذف البيونة بعد اللعان ، فلو اقتصر على ذلك لاعتقد معتقداً أن مذهبا كالمذهب أبي حنيفة ، فلما تعرض له علّم أن البيونة لا تحصل عندنا إلا بالكلمة الخامسة ، فكان ذلك قطعاً لاحتمال مذهب أبي حنيفة بكل حال . مشكلات الوسيط (ق ١٦٢ / ١ - ١٦٣ / ب) .

(١) قي (أ) : « سقط حصانئها » وهو صواب أيضاً .

ومن أصحابنا مَنْ قطع بالوجوب ، وقال : اللعان حجة ضرورة^(١) ، وهو حجة قاصرة ، كيف ، وقد عارضه لعانها فتساقط ، فلا وجه لإسقاط الحصانة . نعم . إذا حُدَّت ولم تلعنْ ، ففيه وجهان مشهوران^(٢) .

أما إذا قذفها بزناً منسوباً إلى ما قبل اللعان - سوى الزنا الذي لَاعَنَ عنه - فقد صادف حالة الحصانة فالظاهر أنه يُحَدُّ وفيه وجهٌ : أن انخراصَ الحصانة ينعطِفُ حكمه على ما سبق ، فلا يُحَدُّ في الحال وهي غيرُ محصنة في حقه .

أما إذا كان القذف من أجنبيٍّ ، فهو أولى بالتزام الحدِّ^(٣) ؛ لأن تَشْرِيعَ حكم اللعانِ إلى غير الزوجين - أبعدُ - .

الثاني : إذا قذف أجنبيةً ، ثم نكحها ، ثم قذفها ، ففي تعدُّ الحدِّ مع اتحاد المقذوف قولان : فإن قلنا : يتعدَّد ، فإن لم يلعن استُوفِيَ الحدَّانِ ، وإن لاعن استُوفِيَ أحدهما . وإن قلنا : الحدُّ متحدٌ ، فيستوفي حدَّ واحدٍ ، وإن لاعن ؛ فإن الحدَّ الأولَ لا يُؤثر فيه اللعانُ ، وإنما يندرج تحت الحدِّ الثاني إذا استُوفِيَ .

الثالث : المذهب الصحيح أن النسب في ملك اليمين لا يُنفى باللعان ؛ لأن اللعان ورد في النكاح . فلو اشترى زوجته الرقيقة ، فأَتَتْ بوليدٍ لزمانٍ لا يَحْتَمِلُ أن يكون من ملك اليمين ، فله النفي باللعان كما بعدَ البينونة بالطلاق . وإن احتمل [أن يكون]^(٤) من النكاح وملك اليمين جميعاً لم يلعن ؛ لأن الفراش الأخير يقطع الفراش الأولَ ، وينسخه . ولذلك إذا نكحت زوجاً آخر^(٥) ، وأَتَتْ بوليدٍ لزمانٍ يحتمل العلوق من الأول والثاني ألحق بالثاني قطعاً ، حتى فرَّع ابنُ

(١) في (أ) : « حجة ضرورة » .

(٢) وأصح هذين الوجهين أنه يُعزَّر فقط ، كما في الروضة (٣٣٨ / ٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يلزم الحدُّ » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : « آخر » ساقطة من (ب) .

الحداد على هذا وقال : لو ادّعى المشتري الاستبراء بعد الوطء لم يلحقه الولد بملك اليمين ؛ للاستبراء ، ولا بملك النكاح ، لانقطاع ذلك الفراش بفراش ملك يمين ^(١) . وطابقه عليه جماهير الأصحاب / وفيه وجه : أنه يلحقه ، وأن ملك اليمين لا يقطع حكم فراش النكاح من كل وجه . ٢١٢/ب

الركن الثالث : القذف . والقذف المسلط على اللعان : نسبتها إلى الوطء الحرام كالزنا ، ولو نسبتها إلى زنا هي مستكرهة فيه ، والواطىء زان ، فوجهان :

أحدهما : أنه يجري [اللعان] ^(٢) لِنَقْيِ النسب ^(٣) .

والثاني : لا ؛ لأن القذف مخصوص في كتاب الله تعالى بالرؤمي الذي يُحتاج فيه إلى الشهادة وهو الزنا ؛ لأن اللعان انتقامٌ منها وإفضاخ ، والمستكرهة لا تستحق ذلك ^(٤) .

ولو نسبتها إلى وطء شبهة تشتمل ^(٥) الشبهة الجانبين ، فوجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يجري . وقطع العراقيون بأنه لا يجري ؛ لأن الولد يُمكن أن يلتحق ^(٦) بالواطىء بالشبهة ، فيدور بينهما ، ويُعرض على القائف ^(٧) ، فلعله يُلحقه به ، وإنما اللعان لنفي ولد لا يكون له نسب ، وهذا [إنما] ^(٨) يتّجه إذا اعترف الواطىء بالشبهة بالوطء ، فإن لم يعترف فلا بد من تجويز اللعان لأجل النسب .

(١) في (أ) : « بفراش ملك اليمين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) إن كان ولدٌ لأَعَنَ لِنَقْيِهِ ، وإلا فيلاعن أيضًا على المذهب ، ولا حدٌ عليها . الروضة (٨ / ٣٤٣) .

(٤) قال في الروضة (٨ / ٣٤٢) : ويجب لها التعزير على الأصح ؛ لأن فيه عازًا وإيذاءً .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تشتمل » .

(٦) في (أ) : « يلحق » .

(٧) القائف : هو الذي يتبع الآثار ويعرفها ، ويعرف سبب الرجل بأخيه وأبيه . يقال : فلان يُقْفِرُ الأثر ، ويقناه قِيفة . وجمع « قائف » : قافة . والمقصود به هنا أنه الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : اللسان (٣٧٧٦ / ٥) . المصباح المنير (٨٠١ / ٢) . القاموس المحيط ص (١٠٩٥) مادة (ق و ف) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٥٣) .

(٨) زيادة من (أ) .

أما إذا قال : ليس الولد مِنِّي - ولم يُضِفْ إلى جهة - ففيه ترددٌ ؛ لأنه دائر بين المستكرهة ، وبين الشبهة ، وبين الزنا ^(١) .

ولا يُشترط في القذف أن يقول : رأيتها تزني ، ولا أن يدَّعي الاستبراء خلافاً للمالك (رحمة الله عليه) ^(٢) .

(١) قطع العراقيون بأنه لا يلتفت إلى ذلك ، ويلحق الولد بالفراش ، إلا أن يُشيد الثَّقِي إلى سبب معين ويلاعن . انظر روضة الطالبين (٣٤٤ / ٨) .

(٢) مذهب الشافعية : أنه لا يشترط في القذف أن يقول : رأيتها تزني ، بل تكفي نسبتها إلى الزنا بقوله : زني ، أو يازانية ، أو رأيتك تزنين ، وسواء قذف بذلك زوجته أو أجنبية . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة أيضاً . انظر : الأم (٢٨٦ / ٥) . مختصر المزني ص (٢٠٨) . الوجيز (٩٠ / ٢) . الروضة (٣٤٤ / ٨) . مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . فتح القدير (٢٧٦ / ٤) . المنقح ص (٢٥٥) ، (٢٩٩) . المغني (٤٠٣ / ٧) .

ومذهب المالكية : أن اللعان لا يكون إلا إذا قذف زوجته قذفاً صريحاً برؤية زناها . أما إذا قذفها بالزنا - بغير رؤية - فلا يتم اللعان ، وإنما يقام عليه حد القذف فقط . وكذلك إذا عرّض بالزنا أُقيم عليه الحد ولا يلاعن . انظر : الشرح الصغير (٢ / ٦٨٥ ، ٦٦١) .

الفصل الثالث

في فروع متفرقة

وهي خمسة :

الأول : إذا قذفها بأجنبي ، تعرض لحدّ الأجنبي . فإن لآعن سقط عنه [الحدّ] ^(١) عند الشافعي (رضي الله عنه) ؛ لأنه أقام حجةً على عَيْنِ تلك الزنية ، فصدق من وجهه ، والحدّ يسقط بالشبهة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ^(٢) «أثر اللعان مقصور على الزوجين ^(٣)» ، فلا يتعدى إلى الأجنبي .

وهذا إذا ذكره ^(٤) في اللعان ، فإن لم يذكره في اللعان ، فقولان : أحدهما : السقوط ؛ للشبهة ، ولقصة العجلاني ، فإنه لم يذكر شريك بن السحماء في اللعان ، وذكره في القذف .

والثاني : يجب - وهو القياس - ؛ لأنه لم يُقِم عليه حجة ^(٥) .
وأما ابن السحماء فلعله لم يطلب . ونشأ من هذا نظرٌ ، وهو أنه (عليه السلام) لم يُنبّه ابن السحماء على ثبوت حدّ القذف له ^(٦) . فذكر صاحب «التقريب» وجهين في أن من قذف عند القاضي ، فهل على القاضي أن يُنبّه المقدوف ^(٧) ؟ .
أحدهما : لا ؛ لقصة شريك بن السحماء .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة هامة .

(٢) في (ب) : «إن اللعان مقصور على الزوجين» وهو صحيح أيضًا .

(٣) يعني إذا ذكر اسم الأجنبي في اللعان .

(٤) وهذا القول الثاني هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٣٤٤) .

(٥) في (أ) : «لم يُنبّه ابن السحماء على ثبوت الحدّ» .

(٦) والمنهوب وجوب إخبار المقدوف . انظر الروضة (٨ / ٣٤٥) .

والثاني : نعم ؛ لقصة العسيف ^(١) ؛ إذ قال ﷺ : « وَاغْدُ يَا أُتَيْسُ ^(٢) عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُئْهَا » ^(٣) ؛ إذ لم يكن الغرض إقرارها للرجم ، بل إنكارها ؛ ليثبت حد القذف .

الثاني : إذا قذف نسوة بكلمة واحدة ، ففي تعدد الحد قولان . فإن قذف امرأته وأجنبية بكلمة واحدة ، فقولان مرتبان وأولى بالتعدد ؛ لانقسام حكمهما في اللعان . ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية ، فقد قذفها وأُمُّها بكلمتين ، فعليه حدان . وهل يُقدَّم حدُّ المَقْذُوفِ أَوَّلًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما لو قُتِلَ شخصين .

والثاني : لا ؛ كما لو أتلَفَ مَالَ شخصين .

فإن قلنا : يُقدَّم ، ففي مسألتنا ، المقدَّمُ البنتُ ، فيقدم الحدُّ أو اللعان ؟ . وقيل : إن الأمَّ هاهنا تُقدَّمُ ؛ لأنَّ حقَّ البنتِ يعرَّضُ للسقوطِ باللعانِ دونَ الأمِّ ^(٤) . ثم مهما حدَّذناه بواحد ^(٥) ،

(١) العسيف : الأجير . يقال : بات يعسف الليل عسفاً : إذا خبطه يطلب شيئاً . ومنه سمي « العسيف » ؛ لأنه يعسف الطرقات متردداً في الأشغال . والجمع « عُسَفَاء » . انظر اللسان (٢٩٤٣/٤) . المصباح المنير (٦٢٦/٢) . وانظر قصة هذا « العسيف » في التعليق بعد الآتي .

(٢) هو أنيس بن الضحاك الأسلمي ، صحابي جليل . انظر : أسد الغابة (١٣٣/١) . الإصابة (٧٦/١) .

(٣) الحديث رواه البخاري (١٩٧/١٣) كما في الفتح (٩٣) كتاب « الأحكام » (٣٩) باب « هل يجوز للحاكم أن يعث رجلاً وحده للنظر في الأمور ؟ » حديث (٧١٩٣) بإسناده عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا : جاء أعرابي ، فقال : يا رسول الله ، أقض بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه فقال : صدق ، فأقض بكتاب الله ، فقال الأعرابي : إن ابني كان عسيفاً على هذا ، فزني بامرأته ، فقالوا لي : على ابنك الرجم ، فحديث ابني منه بمائة من الغنم ووليدة ، ثم سألت أهل العلم فقالوا : إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام . فقال النبي ﷺ : « لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بَكْتَابِ اللَّهِ ، أَمَا الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ فَرَدُّ عَلَيْكَ ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ ، وَأَمَّا أَنْتَ يَا أُتَيْسُ - لِرَجُلٍ - فَأَغْدُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَارْجُئْهَا ، فَقَدْآ عَلَيْهَا أُتَيْسُ فَرَجُئُهَا » . ورواه مسلم (١٣٢٤/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٥) باب « من اعترف على نفسه بالزنا » حديث (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) . ورواه أبو داود (٥٩٣/٤) حديث (٤٤٤٥) ، والترمذي (٣٠/٤) حديث (١٤٣٣) والنسائي (٢٤٠/٨) وابن ماجه (٨٥٢/٢) حديث (٢٥٤٩) جميعاً من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عبيد بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني به .

(٤) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣٤٧/٨) . (٥) في (أ) : « بواحدة » .

أمهلناه حتى يترأ جلده ، ولا تُؤالي بين الحدود . ولو قذف أربع نسوة بكلمة واحدة - وقلنا : يتحدُّ الحدُّ ^(١) - ففي تعدد اللعان وجهان ، يُنظر في أحدهما إلى اتحاد الصيغة والملاعن . وفي الثاني إلى تعدد النسوة ، مع أن هذه حجة تبعد عن التداخل .

فإن قلنا : يتحد اللعان ، فذلك ينفع إذا توافقت في الطلب ، أو قلنا : لا يُشترط طلبه اللعان . فإن طلبت واحدة - وقلنا : يُشترط طلبها - فلا بد من اللعان عنه ، ثم يستأنف لعاناً للباقيات . وحيث قلنا : يتعدّد ، فلورَضِيْن بلعان واحد ، فلا أثر لرضاهن . وكذلك لو رَضِي جماعة من المدّعين يمين واحدة ، لم يؤثر ذلك في تغيير وصف ^(٢) الحجج .

أما إذا قذف امرأة واحدة مرتين بزنيّتين ، ففي تعدد الحد واللعان أيضًا خلاف ؛ لاتحاد المقذوف وتعدد الصيغة .

الثالث : إذا ادّعت عليه القذف ، فأنكر ، فأقامت البينة ، فأراد اللعان : فإن كان قد أنكر بالسكوت - أو قال : أردت بالإنكار أنه لم يكن قذفًا ، بل كان حقًا - فله اللعان ، وإن لم يُؤوّل إنكاره ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أنكر القذف ، ولا لعان إلا بقذف ، فلْيُنْشِئْ قذفًا إن أراد ، ويستفيد به دَرءٌ حدُّ القذف الذي ثبت بالبينة أيضًا .

والثاني : أنه يلاعن ^(٣) ، وإنكاره يُحمل على المعتاد في الخصومات ، كما لو ادّعي عليه مَلِكٌ ، فقال : اشتريته من زيد وكان يملكه فانتزع من يده بالبينة ، فرجع ^(٤) على زيد / بالثمن . ٢١٣/ ولا يُؤخذ بإقراره له بالمَلِك .

أما إذا قال : « ما قذفتك ، وما زنيّت » فلا يلاعن ، إلا إذا أنشأ قذفًا بالزنا يحتمل أن يكون قد

(١) في (أ) ، (ب) : « القذف » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وضع » .

(٣) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٣٤٨ / ٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويرجع ... » .

طراً بعد شهادته لها بالبراءة ، فإن لم يحتمل فلا يُلاعن ، وأطلق القاضي القول بجواز اللعان .
 الرابع : إذا امتنع الزوج عن اللعان - أو الزوجة - فعرضناهما للحد ، فرجعا إلى اللعان ،
 مَكْتَأُهُمَا من ذلك ، وليس هذا كاليمين لا يجوز الرجوع إليها بعد النكول ، بل يلحق اللعان
 بالبينه في هذا المعنى . ولو قال - بعد أن حُدَّ - أَلَا عِنْ . قال الأصحاب : لم يَمَكَّنْ ؛ لأنه لا فائدة .
 قال القفال : إن كان ثَمَّ وَلَدٌ ، يُمَكَّنُ ^(١) منه ، وإلا فلا ^(٢) .

الخامس : إذا قال : « زَنَيْتِ وَأَنْتِ مَجْنُونَةٌ ، أَوْ أَمَةٌ ، أَوْ مُشْرِكَةٌ » - وعُهِدَ لَهَا تِلْكَ الْحَالُ ^(٣) - فلا
 يجبُ إلا التعزيرُ ، وكان كما لو أضاف إلى الصَّغَرِ . وإن لم يُعْهَدْ ، ولم يُقَمْ الزَّوْجُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، سقطت
 الإضافة ، وعليه الحدُّ . وفيه وجه : أنه لا حُدَّ ؛ لأنه إذا انتفى تلك الحال ، انتفى المضاف إليه .
 ولو قال : زَنَيْتِ مُسْتَكْرَهَةً ، ففي وجوب التعزير خلافٌ ؛ لأن ذلك يُعَيِّرُهَا وإن لم ينسبها إلى
 معصية . ثم الصحيح أنه يُلاعن لدفع التعزير كما يُلاعن لدفع الحدِّ .

* * *

(١) في (أ) : « مَكَّنْ مِنْهُ » .

(٢) وهو المذهب كما في الروضة (٣٤٩/٨) .

(٣) يعني ثبتت عليها هذه الفاحشة في وقت أن كانت مجنونة أو أمة أو مشركة .

الرُّكْنُ الرَّابِعُ

في صِيغَةِ اللَّعَانِ

والنظر في أصله ، وتغليظاته ، وسنته .

النظر الأول : في أصل كلماته . وهو أن يقول الزوج أربع مرات : أشهد بالله ، إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، وإن الولد من الزنا ، وليس مِنِّي - إن كان ثَمَّ ولدٌ - ويقول في الخامسة : لعنة الله عليَّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتها به . وتقابلهُ المرأة ، فتشهد أربع مرات بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غَضِبَ اللهُ عليَّ إن كان من الصادقين فيما رمانني به . ويجب على الزوج إعادة نفي الولد في كل شهادة ، فإن تركها مرة لم تُحْسَبَ .

ولا يجب على المرأة إعادة أمر الولد ؛ إذ لا يتعلَّق إثباته بلعانها . ولا تقوم عندنا معظم الكلمات مقامَ الكلِّ ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) .

والصحيح : أنه يتعيَّن لفظُ « الشهادة » ؛ فلا يجوزُ إبدؤها بالحلف . وأنه يتعيَّن لفظُ « اللعن » و « الغضب » من الجانبين ^(٢) . ويجب رعاية الترتيب بتأخير اللعن والغضب . وتجب الموالاة بين

(١) مذهب الشافعية : أنه إذا اقتصر الملاء على ثلاث مرات ، فلا يتم لعانه ؛ لأنه لا تقوم معظم الكلمات مقام الكلِّ . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : الأم (٢٩١ / ٥) . مختصر المزني ص (٢١٠) . روضة الطالبين (٣٥١ / ٨) . المقنع ص (٢٥٤) . المغني (٤٣٨ / ٧) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا التعن الرجل ثلاث مرات ، والتعنَت المرأة ثلاث مرات ، ثم فرق القاضي بينهما ، فقد أخطأ السنة والفرقة جائزة ، وقال زفر : لا تقع الفرقة حتى يكمل الخمس ؛ لأنه حَكَمَ بخلاف النص ، فإن اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات ، والحكم بخلاف النص باطلٌ كما لو حكم بشهادة ثلاثة نفر في حد الزنا .

واتفقوا - أعني الحنفية - أنه إن فُرقَ بينهما بأقل من ثلاث ، فالفرقة باطلة ؛ أما من أتى بالثلاث ، فقد أتى بالأكثر فيتعلق به الحكم . انظر المبسوط (٤٧ / ٧) . الدر المختار (٤٨٩ / ٣) .

(٢) يعني أن الرجل يقول في الخامسة : « لعنة الله عليَّ إن كنتُ من الكاذبين » وتقول الزوجة في الخامسة : « غضبَ اللهُ عليَّ إن كان من الصادقين » .

الكلمات . وكل ذلك مِثْلٌ إلى التعبد لخروج الأمر عن القياس . وفيه وجه : أنه يجوزُ إبدالُ الشهادة بالقسم ، وإبدالُ اللعن بالغضب ، وكذا عكسه ، وأن الترتيب والموالة لا تُشترط ، وكل ذلك تَشَوُّفٌ إلى اتباع المعنى .

فروع ثلاثة

الأول : يصحُّ عند الشافعي (رضي الله عنه) لعان الأخرس وقذفه ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) . مع أن الأصحَّ أنه لا تُقبل شهادته ، ولكن يُغلبُ مشابهة اليمين في اللعان . ولكن لا يُمكن فَهْمُ اللعن والغضب منه ، وهو تعبدٌ لفظيٌّ ؛ فالطريقُ أن يكلفَ الكتبة مع الإشارة إن قدرَ ، أو يقول له ناطقٌ : لعنةُ الله عليك إن كانَ كذا ، فيقول : نعم .

أما إذا اعتُقِلَ لسانُه ^(٢) بعدَ القذف - وقال أهل الصناعة : إنه سينطلق [لسانه] ^(٣) على قُرْبٍ - أمهلناه ، كذلك قال الشافعي (رضي الله عنه) . ومن الأصحاب مَنْ قال : لا مزيدَ في مُهلته على ثلاثة أيام ؛ إذ تأخيرُ حدِّ القذف إضرارٌ بالمقذوف ^(٤) .

(١) مذهب الشافعية : أنه يصح لعان الأخرس وقذفه متى فهمت إشارته أو كتابته ، ويدل على ذلك أن اللعان حكمه حكم الطلاق ، والأخرس من أهل الطلاق ، أي يصح طلاقه ؛ فوجب أن يصح لعانه . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الأم (٢٨٦ / ٥) . مختصر المزني ص (٢١١) . بداية المجتهد (١٤٢ / ٢) . المقنع ص (٢٥٤) . المغني (٣٦٩ / ٧) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح لعان الأخرس ، ولا قذفه ؛ وذلك لأن اللعان شهادات مؤكدة بالآيمان ، والأخرس ليس من أهل الشهادة ، فلا يصح لعانه . وأيضاً لا بُدَّ من التصريح بلفظ « الزنا » ليكون قذفاً موجباً للحد أو اللعان . ولا يتأتى هذا من الأخرس . انظر : المبسوط (٤٢ / ٧) . رموس المسائل ص (٤٣٣) . الهداية (٣٠٥ / ٢) . فتح القدير (٢٩٣ / ٤) . الدر المختار (٤٩٠ / ٣) .

(٢) اعتقل لسانه : أي مُنِعَ ونُحِيسَ عن الكلام ، وهو يصح بالبناء للفاعل ، وبالبناء للمفعول . انظر المصباح المنير (٦٤٨ / ٢) مادة (ع ق ل) . المطلع على أبواب المقنع ص (٢٩٤) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « الوجه أن يقال : إن كان يُوجى زواله إلى ثلاثة أيام ، ينتظر ، وإلا فلا ينتظر أصلاً » . روضة الطالبين (٣٥٣ / ٨) .

ومهما لأَعَنَّ بالإشارة ، ثم انطلق لسانه فقال : « لم أَرِدْ قَذْفًا ولا لعانًا » لم يُقبل .

الثاني : الأعجمي العاجز عن العربية ، يُلقَّن معنى « اللعن » و « الغضب » بلسانه ، كما في كلمة « التكبير » و « النكاح » .

ثم القاضي يَنْصِبُ تَرْجُمانًا ^(١) ، ولا بُدَّ من العدد ؛ لأنه في حكم شهادة . وهل يُكتفى باثنين ، أم لا بُدَّ من أربع لما فيه من إثبات زناها ؟ فيه خلاف ^(٢) .

الثالث : لو مات الزوج في أثناء كلمات اللعان لم ينقطع النكاح ولحق النسب ، ولم تَقُمِ الورثة مقامه في اللعان أصلًا .

وإن ماتت المرأة في خلال لعانه ، استكمل الزوج إن كان ثم ولدٌ ، فإن لم يكن ، فلا حاجة إلى لعانه إن قلنا : إن ^(٣) الزوج يَرِثُ حدَّ القذف ، ويتضمن سقوط بعضه سقوط الكل .

* * *

(١) يجوز فيها قَتَحُ التاء وضُمُّها ، والأول أفصح ، والترجمان : مَنْ ينقل معنى من لغة إلى لغة أخرى . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٤١ / ١ / ٣) . المصباح المنير (١١٧ / ١) مادة (ت رج م) .

(٢) قال في الروضة (٣٥٣ / ٨) : « إذا لاعن بغير العربية ، فإن كان القاضي يُحْسِنُ تلك اللغة ، فلا حاجة إلى مترجم ، ويُستحب أن يحضر أربعة ممن يُحْسِنُها . وإن لم يحسنها فلا بد من مترجمين ويكفيان في جانب المرأة ؛ فإنها تلاعن لِتَقِي الزنا لا لإثباته . وفي جانب الرجل طريقان : أحدهما ، القطع بالاكْتِفَاءِ باثنين .

(٣) كلمة : « إن » ليست في (أ) .

النَّظَرُ الثَّانِي

في التَّغْلِيظَاتِ

وهي بالزمان ، والمكان ، والجمع .

أما الزمان ^(١) : فَبِأَن يُؤَخَّرَ إلى بعد العصر ، فإنه وقتٌ شريف . وإن لم يكن طلبٌ حثيثٌ ، فإلى العصر من يوم الجمعة .

أما المكان : فَبِأَن يُلَاعَنَ في أشرفِ المواضع . فإن لَاعَنَ وهو بمكة ، فبين الركن والمقام . وبالمدينة ، فبين المنبر والقبر . ^(٢) وبالقدس عند الصخرة ^(٣) . وفي سائر البلاد في مقصورة الجامع . ويلاعن الذَّمِّي في أفضلِ موضعٍ عندهم ، من بيعة وكنيسة ، سوى بيوت الأصنام ، فلا يأتيها أصلاً . وفي بيوت النيران للمجوس / خلافٌ . والظاهر أن الزنديق يُعَلِّظُ عليه بهذه الجهات ليناله ٢١٣/ب شؤمه ، وإن لم يعتقده . والحائضُ ثُلَاعِنٌ على باب المسجد ^(٤) . واعترض المزني (رحمه الله) وقال : جُوزَ للمشركة اللعانُ في المسجد ، وربما تكونُ حائضًا ^(٥) .

واختلفوا في المشرِكِ الجُنُبِ . فمنهم من قال : لا يؤخذون بتفصيل شرعنا في الأحكام وإن كانوا يؤخذون عند الله تعالى .

أما الجَمْعُ : فلا بُدَّ من حضور جماعة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَشَّهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ^(٦) ولا ينبغي أن ينقصوا عن عدد شهادة الزنا ^(٧) .

(١) في (أ) : « أما بالزمان » .

(٢) في (أ) ، (ب) « وفي القدس عند الصخرة » .

(٣) وهو نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) كما في الأم (٥ / ٢٨٨) .

(٤) اعترض المزني (رحمه الله) على عدم دخول الحائض المسجد للملاعة فقال : « وإذا جعل للمشركة أن تحضره - أي اللعان - في المسجد ، وعسى بها - مع شركها - أن تكون حائضًا ، كانت المسلمة أولى بذلك » . انظر مختصر المزني ص (٢٠٩) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شهدوا الزنا » .

(٥) من الآية (٢) سورة (النور) .

والتغليظُ بالمكانِ مستحبُّ أو مستحقُّ؟ فيه قولان . وفي التغليظ بالزمانِ والجمعِ طريقان :
منهم من قطع بالاستحباب . ومنهم من قال : قولان .

أما جريان ذلك في مجلس الحكم فشرطُ قطعاً ، فلو تَلَّعْنَا في البيتِ ، لم يصحَّ إلا عند
الحكِّم على قولِ جوازِ التحكيمِ في العقوبات .

* * *

النَّظَرُ الثَّالِثُ فِي السَّنَنِ

وهي ثلاثة :

الأول : أن رسول الله ﷺ لآعن بين العجلاني وزوجته على المنبر ، فقيل : كان العجلاني على المنبر ، ولعله الأليق ؛ للشهرة ^(١) .

وقيل : كان الرسول ﷺ على المنبر ^(٢) . فعلى هذا : ^(٣) يُسَنُّ للقاضي صعودُ المنبر ^(٣) .

الثاني : أن يُهْدَدَ كُلُّ واحدٍ من الزوجين ، ويخوفهما بالله ، فلعلهما يتصادقان ^(٤) ، فيقول للرجل ما ^(٥) قال رسول الله ﷺ : « أَيْمًا رجل جحد ولدَه وهو ينظر إليه ، احتجب الله عنه ، وفضحه على رعوس الأولين والآخرين » وَيَزْوِي للمرأة قوله (عليه السلام) : « أَيْمًا امرأة ، أَذْخَلْتُ على قومٍ مَنْ ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ » ^(٦) وحديث

(١) يعني أن صعود الملاعن على المنبر أليق ، وذلك لِيشْتَهَر أمره .

(٢) من قوله : « وقيل : كان العجلاني ... إلى قوله : على المنبر » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « ليس للقاضي صعود المنبر » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ينصرفان » .

(٥) « ما » هنا اسمٌ موصولٌ بمعنى « الذي » وهي مبنية في محل نصب مقول القول . والمعنى : أنه يقول للرجل ما قاله رسول الله ، يعني قوله : « أَيْمًا رجل ... » . الحديث .

(٦) حديث ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٦٩٥/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٢٩) باب « التغليظ في الانتقاء » حديث (٢٢٦٣) ولفظه « أَيْمًا امرأة أَذْخَلْتُ على قومٍ مَنْ ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ . وَأَيْمًا رجل جحد ولدَه ، وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه ، وفضحه على رعوس الأولين والآخرين » . ورواه النسائي (١٧٩/٦) والحاكم في المستدرک (٢٠٣/٢) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٤٠٣/٧) من طرق عن يزيد بن الهاد عن عبد الله بن يونس عن سعيد المقبري عن أبي هريرة به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني في السلسلة الضعيفة برقم (١٤٢٧) .

المعراج « أنه ﷺ مرّ بنسوة معلّقاتٍ بشديهن ، فقال لجبريل (عليه السلام) : من هؤلاء؟ ^(١) فقال جبريل (عليه السلام) : « هُنَّ اللاتي ألحقن بأزواجهن مَنْ ليس منهم ، يأكل خُرّائبهم ^(٢) ، ويُنظر إلى عوراتهم » .

الثالث : أن يأتي الرجل عند الخامسة رجلٌ من ورائه ، فيضع يده على فيه ، ويقول صاحب المجلس للملاعين : اتّقِ الله ؛ فإنها مُوجِبَةٌ . والمرأة تأتيها امرأةٌ من ورائها [ويقال لها كذلك ، والله أعلم] ^(٣) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ما هؤلاء ... » .

(٢) أي : أموالهم . والمقصود أنه إذا ألحقت المرأة بأهل زوجها مَنْ ليس منهم فإنه يأكل من أموالهم ، ويرثهم إذا ماتوا قبله ، ثم هو ينظر إلى عوراتهم مع أنه أجنبي عنهم . انظر النهاية في غريب الحديث والأثر (١ / ٣٥٩) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في جوامع أحكام اللعان ، وحكم الولد خاصة

أما أحكام اللعان فخمسة : وقوْعُ التفرقة ^(١) ، وتأبُّدُ الحرمة ، ^(٢) وسقوطُ حدِّ القذف ^(٣) ، وانتفاءُ النسب ، ووجوبُ حدِّ الزنا عليها . وجملَةُ ذلك تتعلقُ بلعانِ الزوج ، ولا يتعلقُ بلعانها إلا سقوطُ الحدِّ عنها . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « الفرقة تتعلق بلعانهما ^(٤) وقضاء القاضي » . وقال مالكٌ (رحمه الله) : « تتعلق بلعانهما » ^(٥) .

ولا يجب الحدُّ عليها بلعانه عند أبي حنيفة (رحمه الله) ^(٦) . ولا تأبُّدُ الحرمة عنده ، بل يحلُّ له نكاحُها مهما كذَّبَ نفسه ، أو خرج عن أهلية الشهادة - بأن يخرس ، أو يُحدِّد في

(١) في (ب) : « الفرقة » . (٢) في (ب) : « وسقوط القذف » .

(٣) في الأصل : « بلعانهما » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٤) مذهب الشافعية : أنه إذا أكمل الزوج اللعان ، فقد وقعت الفرقة بينهما ، ولا حاجة إلى لعانها في ذلك ولا إلى تفريق القاضي . انظر : الأم (٢٩١ / ٥) . مختصر المزني ص (٢١١) . الروضة (٣٥٦ / ٨) .

ومذهب المالكية : أن الفرقة تتعلق بلعانهما معاً ، ولا حاجة إلى تفريق القاضي . وهو مذهب الحنابلة أيضاً . وفي رواية عن الإمام أحمد أن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم بعد لعانهما . انظر : الكافي ص (٢٨٩) . القوانين الفقهية ص (٢٥٩) . المجتهد (١٤٥ / ٢) . المقنع ص (٢٥٦) . المغني (٤١٠ / ٧) . (٤٢٧) .

ومذهب الحنفية : أن الفرقة تتعلق بلعانهما وتفريق القاضي . وقال زفر : تقع بلعانهما فقط .

وينبغي على هذا الخلاف أنه إذا أراد قذفها ، ثم لاعن ، فمات قبل أن تلعن المرأة ، فعلى قول الشافعي : تبين منه ، ويسقط التوارث بينهما ، وينتفي الولدُ عنه ، ويلزمها الحدُّ إلا أن تلعن . وعند المالكية والحنابلة : لاتقع هذه الأحكام حتى يَئِمَّ لعانُ المرأة ، وعند أبي حنيفة حتى يُفَرَّقَ القاضي . انظر : مختصر الطحاوي (٢١٥) . المبسوط (٤٣ / ٧) . الهداية (٣٠٤ / ٢) . الاختيار لتعليل المختار (١٦٩ / ٣) . فتح القدير (٢٨٦ / ٤) .

(٥) مذهب الشافعية : أنه إذا لاعن الزوج ولم تلعن المرأة ، أقيم عليها الحد إن كانت بكرًا - وذلك إن لم تكن مدخولاً بها - ورجعت إن كانت ثيبًا . وهذا مذهب المالكية أيضاً . انظر : المنهاج ص (١١٤) . القوانين الفقهية

ص (٢٤٩)

ومذهب الحنابلة : أن الزوج إذا قذفها - فلم يلعن - أقيم عليه حدُّ القذف . أما المرأة - إذا لم تلعن - فإنها = تحبس حتى تلعن ، ولا حدُّ عليها .

القذف ^(١) . نعم ، اختلف أصحابنا في أن هذه الحرمة ، هل تشتمل ^(٢) ملك اليمين ؟ وهل تتعلق باللعان في النكاح الفاسد ^(٣) ، وبعد البيونة .

أما حكم الولد وانتفائه وحقوقه : ففيه ثلاثة فصول :

= ومذهب الحنفية : أنه إذا قذفها الرجل ولم يلاعن ، حُبس حتى يلاعن ولا يقام عليه حد القذف ، وكذلك المرأة إذا لم تلاعن ، تحبس حتى تلجأ إلى اللعان ولا يقام عليها الحد . انظر : المبسوط (٣٩ / ٧) . فتح القدير (٤ / ٢٨١ وما بعدها) . الدر المختار (٣ / ٤٨٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٤١٦ ، ٤٤٥) . (١) مذهب الشافعية : أن التحريم الحاصل باللعان بتحريم مؤبد ، فلا يجتمعان أبداً وإن أكذب نفسه . وهذا مذهب الحنابلة أيضاً . وعن الإمام أحمد رواية : أنه إذا كذب نفسه حُلَّتْ له . انظر : الأم (٥ / ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١١) . المنهاج ص (١١٤) . المقنع ص (٢٥٦) . المغني (٧ / ٤١٣) .

ومذهب المالكية : أن التحريم الحاصل بلعانهما تحريم مؤبد أيضاً إلا أنه إذا أكذب نفسه قبل أن تلعن المرأة ، مجلد الحد ، ولحق به الولد ، وبقيت زوجته بحالها . أما إذا كذب نفسه بعد التعانها ، فيجلد الحد ويلحق به الولد ، ولا سبيل له إليها ، ولا ميراث بينهما . انظر : الكافي ص (٢٨٩ وما بعدها) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تتأبد الحرمة بينهما بتفريق القاضي ، بل يحل نكاحها إذا كذب نفسه . وقال أبو يوسف : لا يرجع إليها وإن كذب نفسه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . الهداية (٢ / ٣٠٤) . فتح القدير (٤ / ٢٨٨) . الدر المختار (٣ / ٤٩٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تشتمل .. » .

(٣) والأصح أنه تتأبد الحرمة بهذا اللعان وإن كان في نكاح فاسد انظر الروضة (٨ / ٣٣٦) .

الفصل الأول

فِيمَنْ يَلْحَقُهُ النَّسَبُ

وهو كل مَنْ يُمْكِنُ أَنْ يُوَلَّدَ لَهُ . والنظرُ في الصَّبِيِّ ، والمجبوبِ ، والخصِيِّ .

أما الصَّبِيُّ : فإمكانُ العلوقِ منه بعد كمالِ السنة العاشرة ، فيلحقه ولدٌ أُنْتُ بِهِ زوجته لستة أشهرٍ بعد السنة العاشرة . وقيل : يُمَكِّنُ العلوقُ في أثناء العاشرة ، ويلحقه الولد بعد العاشرة . ومهما أُنْتُ به قبل الإمكان لم يفتقر إلى اللعان ؛ إذ لا يلحقه ^(١) . ومهما لحقه فقال : أُلَاعِنُ وأنا بالغٌ ، يُمَكِّنُ منه . فلو قال : أنا صَبِيٌّ وأُلَاعِنُ ، لم يُمْكِنُ . ولو قال : كذبتُ - وأنا بالغٌ - فأُلَاعِنُ ، قِيلَ منه ؛ لأنَّ الصَّبِيَّ لا يُعْرَفُ [بلوغه] ^(٢) إلا بقوله .

أما المجبوب الذكور ، الباقي الأنثيين ، فالولدُ يُلْحَقُهُ ؛ لبقاءِ أوعية المنِيِّ ، فيحمل انزلاق المنِيِّ ، ويُحتمل استدخالُ مائه .

أما المنزوعُ الأنثيين ، الباقي ذكره ، فقطع المحققون بلحوقِ الولدِ ؛ لبقاءِ الآلة . وقال الفوراني : يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْأَطْبَاءِ .

وأما المسحوح ذكره وأنثياه . ففيه وجهان ، أظهرهما : أنه لا يلحقه الولدُ ؛ إذ التجربة تدلُّ على استحالة الإعلاق ^(٣) منه .

وحيث قضينا بأنه لا إمكان ^(٤) ، فلا حاجة إلى اللعان .

* * *

(١) وذلك مثلاً إذا عقد عليها - بالوكالة - وهو غائب عنها ، أو عقد عليها ولم يخلُ بها قطَّ ، أو لم يمسسها أصلاً ، أو دخل بها وأُنْتُ به لأقل من ستة أشهر .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة هامة . (٣) في (أ) ، (ب) : « الانعلاق » .

(٤) يعني لا إمكان للعلوق .

الفصل الثاني

في أحوال الولد

وله ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : أن يكون حملًا . وهل يجوز نفثه باللعان قبل الانفصال ؟ فيه قولان :

١/٢١٤

أحدهما : لا ؛ لأن الحمل / لا يُتَيَقَّن ، فلعله ريحٌ ينفثُ^(١) .

والثاني : نعم ؛ لأنه يُظَنُّ ظنًّا غالبًا ، وفي التأخير خطرُ موتِ الزوج ولحوق النسب . وهذا بعد البيئونة ، أما في صُلبِ النكاح فالصحيح أنه يلاعن ؛ لأن العجلاني لَاعَنَ عن الحمل ؛ ولأن اللعانَ - دون الولد لمجرد قطع النكاح - جائزٌ . وقيل بطرد القولين ، ولا وجه له . وقد بنى الأصحابُ القولين على أن الحمل ، هل يُعرف يقينًا ؟ وهو ضعيفٌ ، بل الصحيح أنه لا يُعرف يقينًا^(٢) ، ولكن الأحكام منها ما يُثَبِّت بالنظر^(٣) ، ومنها ما لا يُثَبِّت ، ومنها ما يُتَرَدَّد فيه ، فلا جُلَّ ذلك اختلف قولُ الشافعي (رضي الله عنه) في بعض المسائل ، لا لتردده في أن الحمل لا يُتَيَقَّن .

الحالة الثانية : أن يكونا تؤمَّين من بطنٍ واحدٍ ، فلا يتبعضُ نفثُهما . فإن اقتصر على نفثِ أحدهما لم ينتفِ^(٤) مع حقوق الثاني^(٥) . ولو نفاهما ، واستلحق أحدهما لحقه الثاني . ولو نفى الحملَ ، فأتت بتؤمَّين انتفيا . ولو أتت بواحدٍ في النكاح فلاعن ، فأتت بثانٍ - لأكثر من ستة أشهر - لحقه الثاني دون الأول ؛ لأنه من بطنٍ أخرى ، ويحتمل العلوق بعد انفصال الأول وقبل اللعان . ولو نفى الحمل فأتت بولدٍ ، ثم أتت بآخرٍ لأكثر من ستة أشهر انتفى من غير لعان ؛ لأنه لا يحتمل العلوق به في صُلبِ النكاح .

(١) أي يذهب . انظر مختار الصحاح ص (٥٠٤) مادة (ف ش ش) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣٥٧/٨) والمنهاج ص (١١٤) . ولكن هذا في زمنه (رحمه الله تعالى) أما الآن فالحمل يُعرف يقينًا بواسطة الأجهزة المصورة ، وهذا معروف .

(٣) في (ب) : « منها ما يثبت بالظن » .

(٤) في (ب) : « للقوق الثاني » .

فرعان

أحدهما : أنه مهما أراد أن يَنْفِي أولادًا عدة ، يكفيهِ لعانٌ واحدٌ ولا يحتاج كلُّ واحدٍ إلى لعان .

الثاني : أن التوأمين المنفيين باللعان ^(١) أَخَوَانٍ مِنَ الْأُمِّ . وهل يتوارثان بأخوة الأب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن اللعان أَبْطَلَ الْأَبَوَّةَ ^(٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن اللعانَ أَثَرُهُ قَاصِرٌ عَنِ الْمَلَاعِنِ .

الحالة الثالثة : أن يموتَ الولدُ ، فله أن يلاعن ؛ لأنَّ الموت لا يقطع النسبَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ليس له ذلك ، إلا إذا كان للولد ولدٌ حيٌّ .

ثم عندنا ، مهما استلحقه بعد اللعان لحقه . فلو نفاه ، فلمَّا مات استلحقه لِيُخَوِّزَ مِيرَاثُهُ : لحقه ، وورِثَ مع التهمة ؛ لأنَّ الْأَصْلَ هو النسبُ ، ويلحق بمجرد قوله ، والميراثُ تابعٌ . وكذلك لو نفاه بعد الموت . فلما قُسِّمَ مِيرَاثُهُ عَادَ واستلحقه ، فالظاهرُ أَنَّهُ يَلْحَقُهُ ، وَيَشْتَرِدُّ نَصِيبَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ ؛ نظرًا إِلَى ثبوت النسب . وفيه وجهٌ : أَنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْمِيرَاثُ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ .

* * *

(١) قوله : « باللعان » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) قال في الوجيز (٩٢ / ٢) : « ولا تثبت أخوة الأب على الصحيح » .

الفصل الثالث

فيما يُسقط حقُّ النّفي

والصحيح أنه على الفور^(١)؛ لأنه في حكم ضرار يُدفع بعد معرفته، فلا وَجْهٌ للتأخير. وفيه قول آخر - لا بأس به - أنه يُمهّل ريثما يترَوَّى؛ فإن الأمر فيه خطرٌ، ولعله يتقدّر بثلاثة أيام. ولخكي قول ثالث: أنه لا يَسْقُطُ إلا بالاستلحاق^(٢). وهذا بعيدٌ.

والتفريع على أنه على الفور. فعلى هذا لا يُعذر إلا إذا لم تحصل له حقيقة المعرفة. فلو صبر حتى ينفصل الحمل: جاز؛ لأنه لا يُثَبِّتُ، وربما يكون ريثما فينقش. فلو قال: عرفت الحمل، ولكن قلت: ربما تجهض فهل يَستَطل حَقُّه؟ فيه وجهان^(٣).

ولو أخبره فاجزّ بالولادة فقال: «لم أصدقه» جاز. وإن أخبره عدلان فلا^(٤). وإن أخبره عدلٌ واحد، فوجهان؛ لقبول روايته ورَدُّ شهادته^(٥). ولو قال: كنت لا أدري أن لي حقَّ النّفي، فيعذر إن لم يكن من جملة الفقهاء.

فرع: لو هُتِّه مَهْنٌ بالولد. وقال: مَتَّعَكَ اللهُ به، فقال: آمين، فهو إقرارٌ بالنسب؛ فلا لعان بعده. ولو قال: جزاك اللهُ خيرًا، أو أسمعك اللهُ ما يُشرك، لم يكن إقرارًا.

* * *

(١) يعني أن حقَّ نفي الولد على الفور من علم الرجل، فإذا علم أن امرأته ولدت، وهو يعتقد أن هذا الولد ليس منه، فعليه أن يُبَادِر - قَوْرَ معرفته - بالنّفي.

(٢) يعني بهذا الوجه أنه لا يسقط حَقُّه في نفيه إلا عندما يُقَرُّ بنسبه، وهذا بعيد كما قال الإمام الغزالي؛ إذ ربما لا يُقَرُّ بنسبه إلا بعد وقت طويل.

(٣) قال في الروضة (٨ / ٣٦٠): «يَستَطل حَقُّه على الأصح المنصوص في «المختصر»؛ لتفريطه مع علمه».

(٤) يعني فلا يُصَدِّق، ويلحقه الولد.

(٥) والأصح أنه لا يصدق في هذا أيضًا كما في الروضة (٨ / ٣٦١).

كتاب العَدَد^(١)

وفيه ثلاثة أقسام^(٢)

عدة الطلاق ، وعدة الوفاة ، وعدة الاستبراء في ملك اليمين .

أما عدة الطلاق ففيها بابان :

(١) العدد : جمع عدة ، مأخوذ من « العَدَد » لاشتغالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالباً . وهي في الشرع : اسم لمدة تربص (تنتظر) فيها المرأة الحرة ؛ لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبّد ، أو لتفجّعها على زوجها . والحكمة من تشريعها صيانة الأنساب ، وتحسينها من الاختلاط ؛ رعاية لحق الزوجين ، والولد ، والناكح الثاني . والمغلب فيها التعبّد ؛ بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة به . انظر مغني المحتاج (٣/٣٨٤) .
الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٦٢٧/٧) .

(٢) في (أ) : « وهي ثلاثة أقسام » .

الباب الأول

في عدة الحرائر والإماء ، وأصناف المعتدات ، وأنواع عدتهن

وهي ثلاثة أنواع : الأقراء ، والأشهر ، والحمل .

فالحرّة تَعْتَدُ بثلاثة أقراء إذا طُلِقَتْ بعد المسيس ^(١) . ومقصودُ هذه العدة براءة الرحم ، ولكن يكتفي بسبب الشغل ^(٢) ولا يُشترط عينه ؛ لأن ذلك خَفِيَ لا يُطْلَع عليه ؛ ولذلك تجب العدة بوطء الصبي ، وبمجرد تغييبه الحشفة ، وحيث علّق طلاقها بيقين براءة الرحم .

ومن دأبِ الشرع - في مَظَانِّ التباس المعاني المقصودة - رَبطُ الأحكام بالأسباب الظاهرة ، كما علّق البلوغ بالاحتلام ^(٣) والسنُّ ؛ لخفاء العقل . وعلّق الإسلام بكلمتي الشهادة مع الإكراه ؛ لخفاء العقيدة .

واعلم أن الحرّة تعتد بثلاثة أقراء . والأمة تعتد / بقراءين ؛ لأن القرء الواحد لا ٢١٤ ب

(١) ولو طُلِقَتْ قبل المسيس فلا عدة عليها أصلاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ... ﴾ الآية [الأحزاب : ٤٩] .

(٢) يعني اشتغال الرحم بالولد ، وسببه الوطء أو استدخال ماء الزوج .

(٣) في الأصل : « بالأحلام » والمثبت من (أ) ، (ب) .

قال الحموي : « قوله : في العدة : (ومقصود هذه العدة براءة الرحم ولكن يُكتفى بسبب الشغل ، ولا يشترط عينه ؛ فإن ذلك خَفِيَ لا يمكن الاطلاع عليه ... إلى قوله : (ومن دأبِ الشرع في مَظَانِّ التباس المعاني المقصودة ربطُ الأحكام بالأسباب الظاهرة) .

قلت : الشارع إنما يبنى الأحكام على المَظَانِّ في صورة يَتَصَوَّرُ وقوع ذلك كالسفر وما كان في معناه ، وهاهنا لا يَتَصَوَّرُ وقوع العلوق من الصغير كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إنما ذكر الشيخ ذلك اعتباراً بغالب العدة ، وكان ما عداها في معناه بطريق التبع الغالب . مشكلات الوسيط (ق ١٦٣ / ب) .

يَتَنَصَّف ، فَيَكْمَل ^(١) . وَلَوْ عَتَقَتْ قَبِيلَ الطَّلَاق ^(٢) فَهِيَ كَالْحَرَّة . وَإِنْ عَتَقَتْ ^(٣) فِي الْقَرَائِن ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَال :

أحدها : أَنَّهَا تَسْتَكْمَل ؛ إِذْ عَتَقَتْ ^(٤) قَبْلَ الْفَرَاغ .

وَالثَّانِي : لَا ؛ بَلْ يُنْظَرُ إِلَى حَالَةِ الْوَجُوب ؛ فَيَكْفِيهَا قُرْءَان .

وَالثَّلَاثُ : أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً ، عُدِلَتْ إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِر ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً قَنَعَتْ ^(٥) بِقَرَائِن ^(٦)

فَرَعَ : إِذَا وَطِئَ أُمَةً - عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا حَلِيلَتُهُ الْحَرَّةُ - اعْتَدَتْ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاء ، عَلَى وَجْهِ ^(٧) ؛ لِأَنَّ لِلظَّنِّ أَثْرًا ^(٨) فِي الْعِدَّة . وَعَلَى وَجْهِ : يَكْفِيهَا قُرْءَان ؛ نَظَرًا إِلَى حَقِيقَةِ الْحَال .

وَلَوْ وَطِئَ حَرَّةً عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا أُمَةٌ ^(٩) ، فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاء ؛ ^(١٠) لِأَنَّ الظَّنَّ يُوْثِّرُ فِي الْإِحْتِيَاظِ ^(١١) .

وَاعْلَمْ أَنَّ النِّسْوَةَ أَصْنَافٌ : الْمَعْتَادَةُ ، وَالْمُسْتَحَاضَةُ ، وَالتِّي ^(١٢) تَبَاعَدَتْ حَيْضَتُهَا فِي أَوَانِ الْحَيْضِ ، وَالصَّغِيرَةِ ، وَالْأَيَّسَةِ .

(١) فِي (أ) ، (ب) : « فَكْمَل » .

(٢) فِي (ب) : « قَبْلَ الطَّلَاق » .

(٣) فِي (أ) ، (ب) : « وَلَوْ عَتَقَتْ » .

(٤) فِي (ب) : « إِذْ عَتَقَتْ » .

(٥) فِي (أ) ، (ب) : « فَتَعْتَدُ » .

(٦) وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ أَظْهَرُ الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ (٣٦٨/٨) وَالْغَايَةِ (٨٤٩/٢) .

(٧) وَرَجَّحَ هَذَا الْوَجْهَ فِي الرَّوْضَةِ (٣٦٨/٨) .

(٨) فِي الْأَصْلِ « أَثَرٌ » وَهُوَ خَطَأٌ وَاضِحٌ ؛ إِذْ هِيَ مَنْصُوبَةٌ لِأَنَّهَا اسْمٌ « أَنْ » مُؤَخَّرٌ .

(٩) يَعْنِي عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا أُمَةٌ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّ الظَّنَّ لَا يُوْثِّرُ فِي الْإِحْتِيَاظِ » وَهُوَ خَطَأٌ وَاضِحٌ ؛ لِأَنَّ الظَّنَّ يُوْثِّرُ فِي الْإِحْتِيَاظِ دُونَ الْمَسَاهَلَةِ .

وَالْمُثَبَّتُ مِنْ (أ) ، (ب) . وَانْظُرِ الرَّوْضَةَ (٣٦٨/٨) .

(١١) فِي (أ) ، (ب) : « وَالْمُسْتَحَاضَةُ الَّتِي تَبَاعَدَتْ حَيْضُهَا » بِدُونِ « الْوَاوِ » وَهُوَ خَطَأٌ ؛ إِذْ إِنَّهُمَا قِسْمَانِ : الْمُسْتَحَاضَةُ ،

وَالَّتِي تَبَاعَدَتْ حَيْضُهَا ، وَهِيَ الَّتِي انْقَطَعَ عَنْهَا الدَّمُ . وَلِكُلِّ مِنْهُمَا حُكْمٌ كَمَا سَيَأْتِي بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الصنف الأول : المعتادة . وعدتها ثلاثة أقرأ على العادة . والأقراء هي الأطهار

عند الشافعي (رضي الله عنه) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هي الحيض ^(١) .

واختلف العلماء فيه ، واستشهد كل فريق بدلالة ، والذي صحَّ عند المحققين أن الشواهد متعارضة ، وأن القرء في اللغة مشترك بين الطهر والحيض كالجون مشترك بين الضوء والظلمة ^(٢) . وقد قال الشاعر ^(٣) :

لما ضاع فيها من قروء نسائك ^(٤)

(١) مذهب الشافعية : أن المقصود بالقرء : الطهر . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٢١٠/٥) . مغني المحتاج (٣٨٥/٣) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٩٣) . القوانين الفقهية ص (٢٤٠) . الشرح الصغير (٦٧٣/٢) . الخرشي على مختصر خليل (١٣٧/٤) .

ومذهب أبي حنيفة : أن المقصود به الحيض لا الطهر . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٧) . المبسوط (١٣/٦) .

(٢) الجون : يُطلق على الأبيض ، وعلى الأسود المُشرب حمرةً ، وعلى الأحمر ، ويُطلق أيضًا على النهار ، وقال بعض الفقهاء : إنه يطلق أيضًا على الضوء والظلمة بطريق الاستعارة . انظر : لسان العرب (٧٣٢/١) . المصباح المنير (١٨١/١) . القاموس المحيط ص (١٥٣٣) .

(٣) هو الأعشى ، وهذا البيت من قصيدة له يمدح بها رجلاً غزا غزوة ، غنم فيها وظفر ، قال :

أفي كل عام أنت جاشم غزوة تشد لأقصاها غريم عزائك !
مؤرثة مالا ، وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائك

فمعنى « القرء » ها هنا الأطهار لا الحيض ؛ لأن النساء إنما يؤتَيْن في أطهارهن لا في حيضهن ، وإنما ضاع - بغيته عنهن - أطهارهن ؛ إذ أثر الغزو على البقاء مع النساء ، وشغل به عنهن . يقول : تعزيت عن كل متاع ، فهجرت نسائك في وقت طهرهن ، فلم تقربهن ، وآثرت عليهن الغزو ، فكانت غزواتك غنى في المال ، ورفعة في الذكر ، وبُعْدًا في الصيت .

وقوله : « مؤرثة » صفة لقوله : « غزوة » . انظر البيت في ديوان الأعشى . تفسير الطبري (٥١٢/٤) . لسان العرب (٣٥٦٥/٥) مادة (ق ر أ) . معرفة السنن والآثار (١٨٠/١١) وما بعدها .

(٤) البيت من بحر « الطويل » .

وإنما يضيع الطهر . وقد قال ﷺ : « دَعِيَ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِكَ » ^(١) وهي أيام الحيض . لو كن تعلق الشافعي (رضي الله عنه) بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِقُوهُنَّ لِإِعْذَتِهِنَّ ﴾ ^(٢) فقال : الأمر يتناول الطلاقَ الشَّئِيَّ ، وهو الذي في الطهر ، فينبغي أن يستعقب الاحتساب بالعدة ^(٣) . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) : إذا طُلِّقت في الطهر ، لم تحتسب بقيَّة الطهر ، كما أنها لو طُلِّقت في الحيض ، لم تحتسب عندنا مدة الحيض . ويشهد له أن مقصود العدة العزلة عن الزوج ، ولقد كانت في مدة الحيض معتزله في صلب النكاح ، فجدير أن يكون الطهرُ هو ركنُ العدة .

فنقول : لو قال : « أنت طالق قبيل آخر جزء [من] ^(٤) الطهر » فالجزء الأخير يحسب قُرْءًا ^(٥) . وللشافعي (رضي الله عنه) قول آخر : أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض ، فكأنه أراد أن يجمع ، لكون الاسم مُطْلَقًا عليهما جميعا ؛ ولأنه يقال : قَرَأَ

(١) إسناده ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٢٠٨/١) (١) كتاب « الطهارة » (١١٣) باب « من قال - يعني المستحاضة - : تغتسل من طهر إلى طهر » حديث (٢٩٧) . والترمذي في سننه (٢٢٠/١) أبواب الطهارة (٩٤) باب « ما جاء أن المستحاضة تنوضاً لكل صلاة » حديث (١٢٦) . وابن ماجه (٢٠٤/١) (١) كتاب « الطهارة » ومسننها (١١٥) باب « ما جاء في المستحاضة .. » حديث (٦٢٥) . ثلاثتهم من طرق عن عدي بن ثابت عن أبيه عن جده مرفوعاً . والحديث ضعفه أبو داود والترمذي .

وقد صَحَّ في المستحاضة - وأنها تَدْخُلُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا - أحاديث كثيرة ، ومن ذلك حديث عائشة (رضي الله عنها) رواه البخاري في صحيحه (٤٨٧/١) (٦) كتاب « الحيض » (٨) باب « المستحاضة » (٣٠٦) . بإسناده عن عائشة قالت : قالت فاطمة بنت أبي حبيش لرسول الله ﷺ : إني لا أظهر أفادع الصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : « إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة ، فإذا ذهب قدرها ، فاغسلي عنك الدم وصلِّي » . ورواه مسلم في صحيحه (٢٦٢/١) (٣) كتاب « الحيض » (١٤) باب « المستحاضة وغسلها وصلاتها » حديث (٣٣٣) . ورواه أبو داود (١٩٤/١) حديث (٢٨٢) . والترمذي (٢٢٩/١) حديث (١٢٩) . وابن ماجه (٢٠٣/١) حديث (٦٢١) . جميعا من طرق عن عروة عن عائشة (رضي الله عنها) مرفوعاً .

(٢) من الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٣) انظر مختصر المزني ص (٢١٧) . معرفة السنن والآثار (١٨٠/١١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يحتسب قُرْءًا » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

النجم ؛ إذا طلع . و « قرأ » : إذا عذب ^(١) ، وهو مُشْعِرٌ بالانتقال . والجديد هو الأول . وتظهر فائدة القولين فيما لو قال : « أنت طالق في آخر جزء من الطهر » حصل بالانتقال قَوْلُهُ ^(٢) على هذا القول ، ولم يحصل على الجديد ^(٣) ، بل لا بُدُّ من ثلاثة أطهار بعد الطلاق . وهذا في طهر مُحْتَوٍ بِدَمَيْنِ ، أما طهرُ الصغيرة هل هو قرء ؟ فيه خلاف ، من حيث إنه طهر ، ولكن لم يتقدّمه حيضٌ ، فعلى هذا لو طلق الصغيرة فحاضت قبل الأشهر ^(٤) ، فعليها ثلاثة أطهار بعد الحيض . ولو قال للصغيرة : « أنت طالق ثلاثاً ، في كل قرءٍ طلقةً » وقعت في الحال واحدة إن قلنا : إنه قرء ، وإلا فلا يقع حتى تطهر بعد الحيض . وكذلك يظهر أثرُ الخلاف في دعواها انقضاء العدة ، ومدة الإمكان فيه .

ومما لا بُدُّ من التنبيه له ، أن الطهر الأخير إنما يتبين كماله بالشروع في الحيض الذي بعده ، والظاهر أنه يكفي بلحظة واحدة . ونقل البويطي (رحمه الله) عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا بُدُّ من يوم وليلة ؛ حتى يتبين أنه ليس بدم فساد . ومن الأصحاب من حمل ذلك على الاحتياط ، وقطع النظر باللحظة ^(٥) . ومنهم من قال : في المسألة قولان . ومنهم من قال : إن رأت على العادة ، فاللحظة تكفي . وإن رأت قبل ذلك ؛ فلا بُدُّ من يوم وليلة .

ثم لا خلاف أنه ليس من العدة وإنما هو للتبيين .

الصنف الثاني : المستحاضات ^(٦) .

(١) يعني إذا أَقْلَ وغاب . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٨٦/٢/٣) .

(٢) في (ب) : « طهر » .

(٣) يعني : ولم يحصل على القول الجديد ؛ وذلك لأنه لم يَتَّقِ جزءً من الطهر حتى يُحسب قَوْلُهُ ؛ إذ طَلَّقَهَا في آخر جزء منه .

(٤) يعني قبل الأشهر الثلاثة التي هي عدتها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّائِي يَمْسَسْنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنْ ﴾ الآية [الطلاق : ٤] .

(٥) في (أ) « وقطع باللحظة » . وفي (ب) سقط من قوله : « ومن الأصحاب ... » إلى قوله : « باللحظة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « المستحاضة » . والاستحاضة هي : سيلان الدم في غير أوقاته المعتادة - غير الحيض والنفاس - بزيادة على العادة أو نقص ، أو على أكثر النفاس .

ولها ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : أن تكون مميزة ، أو حافظة ^(١) للعادة والوقت ؛ فتردّ إلى التمييز أو العادة ، ولا يخفى أمرها . فإن كانت مبتدأة أو ناسية للعادة والوقت - فيكتفي منها بثلاثة أشهر ؛ إذ الشهر الواحد يدور فيه الحيض والطهر غالبًا . ثم إن طلقت في آخر ^(٢) الشهر يكفيها ثلاثة أشهر بالأهلة . وإن كان في وسط الشهر ، فكان الباقي أكثر من خمسة عشر يومًا ، يكفيها بقية الشهر وشهران بالأهلة . وإن كان أقل ، ففيه خلاف ، لأجل اضطراب النص ^(٣) . ومن لا يحتسب به يقول : / يحتمل أن يكون جميع بقية ^{١٥}/_{٢١} الشهر حيضًا . ومن يحتسب يقول أن الطهر يقع آخر الشهر ، والحيض مع أول الشهر ، حتى قالوا : يُحسب ^(٤) بقية الشهر قرءًا ، وإن لم يبقَ إلا يوم وليلة ^(٥) . وهذا تحكّم يخالف الوجود . فإن قيل : على قول الاحتياط في المستحاضة ، لم يكتف بثلاثة أشهر ، ويحتمل أن يزيد الطهر على ثلاثة أشهر ، فلم لا يُختاط في العدة ؟ قلنا : ذكر صاحب « التقرير » وجهًا أنها ^(٦) تؤمر بالاحتياط والترئص إلى سنّ اليأس ، أو أربع سنين ، أو تسعة أشهر ، كما ذكرناه في الحيض ، وهو مُتَّجِهٌ ؛ إذ الاحتياطُ للنكاح أهم ، ولكن ربّما يفرّق بأنّ حكم العبادات مقصورٌ عليها ، والعدة تقتضي الشكّ والرجعة ؛ فيبعد أن تتمادى . ^(٧) ويمكن أن يقال ^(٨) : لا رجعة ولا سكنى إلا [في] ^(٩) ثلاثة أشهر ، ويبقى تحرّم النكاح تعبدًا عليها ، ولكن الضرر يعظم فيه ، فلذلك يبعد قول الاحتياط هاهنا من وجه

الصنف الثالث : الصغيرة ^(١٠) . وعدّتها بالأشهر إلى أن تحيض . ولا مبالاة برؤيتها

(١) في (أ) ، (ب) : « حافظة » . (٢) في (أ) ، (ب) : « مع آخر » .

(٣) ورجح النووي أنه لا يحسب قرءًا كما في الروضة (٣٦٩/٨) . والمقصود باضطراب « النص » أي : نصّ الشافعي (رحمه الله) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يحتسب » .

(٥) في الأصل : « إلا يومًا وليلة » وهو خطأ ، والصواب رفعه على أنه فاعل للفعل « يبق » ، كما هو مثبت في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « أنها » ساقط من (ب) . (٧) في (أ) : « لكن يمكن أن يقال » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) . (٩) وتدخل في الصنف الثالث الآيسة أيضًا .

الدم قبل تمام تسع سنين ^(١) ؛ فإن ذلك ليس بحيض . ولو طُلقت ، فَرَأَت الدم بعد مُضي ثلاثة أشهر ، فليس عليها الاستئاف . وإن كان قبل تمام الشهر ^(٢) استأنفت العدة بالأقراء ، فإنها الأصل . وما مَضَى من الطهر ، هل يُحسب قرءًا ؟ فعلى الخلاف المذكور ^(٣) . فأما الآيسة إذا حاضت ، فيحسب لها بقية الطهر قرءًا ؛ لأن طهرها محتوَّش بدمين ^(٤) وإن طال بها العهد ^(٥) . ومهما انكسر الشهر الأول يُتمم بثلاثين من الشهر الأخير ^(٦) ، ويكفي شهران [آخران] ^(٧) بالأهلة . وفيه وجهٌ مثلُ مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا انكسر شهرٌ فقد انكسر الجميع ؛ فلا بد من تسعين يومًا ^(٨) .

والعدة بالأشهر لا تكون إلا في الصغيرة والأيسة ، وهو أحد نوعي العدة . وهذا كله في الحرة . فأما الأمة المنكوحة ، فإنها تعتدُّ بقرأين عند الشافعي (رضي الله عنه) ^(٩) ؛ لأن القرء لا يتصف . كما يملك ^(١٠) العبدُ طلقين ، والعدة بالنساء . فإن كانت من ذوات الأشهر ، فقولان ^(١١) : أحدهما : أنه ^(١٢) تعتد بشهر ونصف ؛ لأنه يقبل التجزئة .

والثاني : أنها تعتدُّ بشهرين بدلًا عن القرأين ؛ فإنهما قد تأصلا فلا ينظر ^(١٣) إلى السبب .

(١) في (ب) : « تسعة سنين » وهو خطأ واضح . (٢) في (ب) : « قبل تمام الأشهر » وهو أوضح .

(٣) أقرب الوجهين إلى ظاهر النص أنه لا يحسب قرءًا . انظر الروضة (٣٧١/٨) .

(٤) أي مُكتَنَف بدمين . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولو طال بها العهد » .

(٦) يعني إن طلقها بعد طلوع هلال الشهر بمدة - قَلَّت أم كثرت - فيتمم بثلاثين من الشهر الرابع . أما إذا وافق طلاقها ظهور الهلال ، فعُدَّتْها ثلاثة أشهر بالأهلة . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه ضعيف ، والصحيح الأول . انظر الروضة (٣٧٠/٨) ومغني المحتاج (٣٨٦/٣) .

(٩) انظر الأم (٢١٦/٥ ، ٢١٧) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « كما لا يملك » وهو خطأ ؛ إذ العبدُ يملك طلقين كما سبق .

(١١) كلا القولين في الأم (٢١٧/٥) . (١٢) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(١٣) في (أ) و(ب) : « فلا نظر » .

وقد نصَّ في أم الولد إذا أُعْتُقَت على قولين :

أحدهما : أنه يكفيها ^(١) شهر واحد بدلاً عن قرء واحد في الاستبراء .

والثاني : أنها تعدّ بثلاثة أشهر ؛ لأن ما يتعلق بالطبع من علامة البراءة لا يختلف بالرق ؛ فَيُخْرِجُ من هذا قولٌ ثالث في المنكوحة : أنها تُعَدُّ بثلاثة أشهر .

الصنف الرابع : التي تباعدت حيضتها ^(٢) . نُظِر :

فإن تأخرت حيضتها من الصغر - فلم تُحْضْ أصلاً - فعدُّها بالأشهر ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾ ^(٣) . وإن حاضت ، ثم تأخر - إن كان بمرض ظاهر أو رضاع - فليس لها إلا تربصُ الحيض أو سنُّ اليأس ، فعند سنِّ اليأس تعدّ بالأشهر .

أما إذا لم يكن الانقطاع لعلّة ، ففيه ثلاثة أقوال :

الجديد : أنها تصبر إلى سنِّ اليأس كما إذا كان لعلّة ؛ لأن الأشهر ورد في القرآن في اللائي لم يحضن واللائي يؤسن [من الحيض] ^(٤) وليست من القسمين ؛ ولأن الحيض لا ينقطع إلا لعلّة وإن خَفِيَتْ ، وفي العلة تربصُ ^(٥) قطعاً ، ^(٦) فإن فيه مذهب عثمان ^(٧) وزيد وعلي (رضي الله عنهم) في زوجة جَبَّان بن منقذ في مثل هذه الحالة ^(٧) . وفيه

(١) في (أ) : « أنه يكفي » .

(٢) أي التي انقطع عنها الحيض بعد ما أتاها ، أو التي لم تحض أصلاً .

(٣) من الآية (٤) من سورة (الطلاق) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تربص » . (٦) في (ب) : « وقد ورد فيه مذهب عثمان .. » .

(٧) رواه الشافعي في الأم (٢١٢/٥) والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٩٠/١١) وفي السنن الكبرى (٤١٩/٧) . وهذه القصة تحكي « أن رجلاً من الأنصار ، يقال له : حبان بن منقذ ، طلق امرأته وهو صحيح (ليس مريضاً) وهي ترضع ابنته . فمكثت سبعة عشر شهراً لا تحيض ؛ يمنعها الرضاع أن تحيض . ثم مرض جَبَّان بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية ، فقيل له : إن امرأتك تريد أن ترث ، فقال لأهله : احمولوني إلى عثمان ، فحملوه إليه ، فذكر له شأن امرأته - وعنده علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت - فقال لهما عثمان : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها ترثه إن مات ويرثها إن ماتت ؛ فإنها ليست من القواعد اللاتي قد يؤسن من الحيض ، وليست من الأبكار اللاتي لم يملغن الحيض =

أيضاً مذهب ابن مسعود (رضي الله عنه) (١) .

والقول الثاني (٢) : أنها تَسْتَضِرُّ بالصبر إلى سنِّ اليأس ، فتربص تسعة أشهر ؛ لِيَتَبَيَّنَ عدم الحمل ، ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر ؛ للتعبد . وهو قول قديم قلَّد الشافعي (رضي الله عنه) فيه مذهب عمر (رضوان الله عليه) (٣) .

والقول الثالث : أنها تربص - لِنَفْيِ الحمل - أربع سنين ، ثم تعتد بثلاثة أشهر والقولان الأخيران قديمان ويلتقيان على المصلحة (٤) .

التفريع : إن قلنا : تربص تسعة أشهر ثم ثلاثة ، فلو فعلت ونكحت ، ثم حاضت ، فالنكاح مستمرٌ لاتصاله بالمقصود . ولو حاضت قبل تمام التسعة ، بطل التربص وانتقلت إلى الأقراء . وإن لم يعاودها وجب عليها استئناف التسعة ؛ لأن ما سبق كان للانتظار وقد بطل فلا يقنع حصول البراءة ، فإن التعبد أغلب على العدة . أما إذا حاضت بعد الشروع في الأشهر الثلاثة - وراء التسعة - ثم لم يُعاودها [الدم] (٥) ، فعليها استئناف التربص بالتسعة (٦) ، ولكن ما سبق من مدة العدة في الأشهر الثلاثة ، هل تحسب حتى

= ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثير « فرجع حَيَّانُ إلى أهله ، فأخذ ابنته ، فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ، ثم حاضت حيضة أخرى ، ثم تُؤْفَى حَبَانٌ قبل أن تحيض الثالثة ، فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها ، وورثته » .

(١) انظر معرفة السنن والآثار (١٩١/١١) والسنن الكبرى للبيهقي (٤٢٠/٧) .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « والثاني » والزيادة من (ب) .

(٣) ونصه كما في معرفة السنن (١٩٠/١١) : قال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) : « أيما امرأة طلقت ، فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها ، فإنها تنتظر - بعد التسعة - ثلاثة أشهر ثم حَلَّت » .

ورواه عنه مالك في الموطأ (٥٨٢/٢) وعبد الرزاق في مصنفه (٣١٩/٦) ورواه ابن حزم في المحلى (٢٧٠/١٠) وإسناده صحيح .

(٤) انظر الأم (٢١٢/٥) . (٥) زيادة من (أ) و (ب) .

(٦) في (ب) : « التربص بالثقة » وهو خطأ مضحك .

تبنى [عليه] ^(١) الباقي ، أو تستأنف كما تستأنف التسعة ؟ فيه وجهان ^(٢) ، ووجه ٢١٥/ب البناء ، أن الانتظار هو الذي يطل بطرآن الحيض ، أما ما وقع الاعتداد به من صلب العدة ، فلا .

التفريع : إن أمرنا باستئناف الكل فلا كلام ، وإن قضينا بالبناء ، ففي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يتم بثلاثة أشهر بالحساب ^(٣) .

والثاني : أن ما مضى يُحسب قرءًا ؛ لأنه طرأ الحيض عليه ويكفيه شهران وإن لم يمض من الأشهر قبل الحيض إلا يوم [واحد] ^(٤) وهذا بعيد ؛ لأنه جُمع بين البذل والمبذل في عدة واحدة ، وهذا لا نظير له في الأبدال .

أما إذا رأت الدم بعد مُضيّ المديتين ^(٥) وقبل النكاح ، فالمنصوص أنها مردودة إلى الأقراء ^(٦) ؛ لأن البذل لم يتصل بالمقصود . وكذا تتربص في انتظار الدم وقد وُجدَ . ومن أصحابنا من قال : الحيض بعد الفراغ ؛ كالحيض بعد النكاح ؛ فلا أثر له .

^(٧) وكل هذه التفريعات جارية أيضا على قولنا ^(٨) : إنه تتربص أربع سنين ، وإنما يختلف المقدار .

أما إذا فرعنا على الجديد - وهو التريُّص إلى سنّ اليأس - ففي سنّ اليأس قولان :

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) أصح هذين الوجهين أنها تبني على ما مضى من المدة . انظر الروضة (٣٧١ / ٨) .

(٣) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٣٧٢ / ٨) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) يعني مدة التريص وهي تسعة أشهر ، والثلاثة الأشهر بعدها .

(٦) انظر الأم (٢١٤ / ٥) وما بعدها .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) . وفي الأصل : « وكل هذه التفريعات جارية على قولنا » .

(٨) في (أ) و (ب) : « إنها » .

أحدهما : أنه أقصى مدّة يأس امرأة في دهرها مما يُعرف في الصُّرود والجُرم (١) الذي يُبلغ حدّه (٢) ؛ فإن سائر العالم لا يمكن طوّفه (٣) .

والثاني : تعتبر نساء (٤) عشيرتها من جانب الأم والأب . ومن أصحابنا من ذكر وجهين ضعيفين :

أحدهما : النظر إلى نساء العصابات دون جانب الأم (٥) كما في مهر المثل .

والثاني : النظر إلى نساء البلدة (٦) ؛ لأن للهواء تأثيراً (٧) فيه .

فرع : على هذا القول ، لو رأت الدم بعد الوصول إلى سنّ اليأس لا يخلو .

إما أن ترى قبل مُضيّ الأشهر (٨) أو بعدها (٩) . فإن كان (١٠) قبله انتقلت إلى الأقراء (١١) ؛ لأن ذلك حيضٌ بالاتفاق . فإن لم يُعاوِدها فترجع إلى الأشهر ، وفيه وجهان :

أحدهما : أنها تعدّ بتسعة أشهر (١٢) ، ثم بثلاثة أشهر ؛ لأن اليأس قد بطل بطوّان الحيض .

والثاني : - وهو الأصح - أنه يكفيها ثلاثة أشهر ؛ فإنها الآن آيسة ؛ إذ لم يعاودها الدم ، لكن نَقْطع على هذا القول بوجوب استئناف تمام الأشهر الثلاث دون البناء (١٣) ؛

(١) الصرود والجُرم : البلاد الباردة والحارة . والجُرم : هو الحرّ ، فارسي معرب . وأرض جُرم : حارة . والجُرم : نقيض الصُّرود . والجُرم خلاف الصرود . انظر : اللسان (٦٠٦/١) وما بعدها .

(٢) وفي (ب) : « الطرود والخروج » وهو خطأ مضحك .

(٣) والأشهر عند الشافعية أن سنّ اليأس اثنتان وستون سنة .

(٤) في (أ) : « تعتبر بنساء » . (٥) (أ) : « من جانب الأم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « البلد » . (٧) في الأصل : « تأثير » وهو خطأ واضح .

(٨) يعني أنها إذا وصلت إلى سنّ اليأس ، وهو (اثنان وستون) عاماً - كما هو الأشهر عند الشافعية - فتعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر ثم قد يأتيها الدم قبل انتهاء هذه الأشهر الثلاثة أو بعدها ، ولكلّ حكم كما سيذكره .

(٩) في (أ) ، (ب) : « أو بعده » . (١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن كانت » .

(١١) في (ب) : « نقلت إلى الأقراء » . (١٢) كلمة : « أشهر » ليست في (أ) .

(١٣) يعني دون البناء على ما مضى من زمن قبل رؤية الدم .

لأننا ^(١) - في هذا القول - نتشوّف إلى اليقين ، ولا يبقى ذلك مع طرآن الحيض بخلاف التفريع على القول القديم .

أما إذا رأت بعد الأشهر ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العدة بطلت ، سواء رأت بعد النكاح أو قبله ؛ لأن مطلق بناء اليقين على هذا القول ، وقد فات بالحيض .

والثاني : أنه ، إن كان قبل النكاح استأنفت الأشهر . وإن كان بعد النكاح فلا ينقص الحكم ^(٢) .

والثالث : أنه لا يجب الاستئناف في الحالتين ؛ لأن الأشهر قد تَمَّت وحصل الحل ؛ فلا ينظر إلى ما بعده . ويلتفت هذا على الخلاف في المعصوب ^(٣) إذا حج عنه ، ثم زال العَضْبُ نادراً أنه هل يجب الاستئناف ؟

(١) في (ب) : « لأن » .

(٢) وهذا القول أظهر الأقوال الثلاثة كما في الروضة (٣٧٣/٨) . وفي (ب) سقطت كلمة « الحكم » .

(٣) المعصوب : هو الزمير الذي لا حراك به ، كأن الزمانة عَضِبَتْه ومنعته من الحركة . المصباح المنير (٦٣٤/٢) مادة (عَضِبَ) .

النوع الثاني المعتدة بالأشهر

وذلك في الصبية والآيسة ، وقد ذكرناه .

النوع الثالث عدة الحامل

وفيه فصلان :

الأول في شروطه

ولا تنقضي العدة إلا بوضع حمل تام من الزوج ، فهما شرطان :

الأول : أن يكون من الزوج أو ممن منه العدة ؛ فلو مات الصبي - أو فسخ نكاحه - فولدت زوجته من الزنا : لم تنقض به العدة عندنا خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) . وكذلك زوجة المسوح ^(٢) ، وكل ولدٍ مُتَنَفِيٍّ ^(٣) عن الزوج قطعاً ^(٤) .

(١) مذهب الشافعية : إذا تزوج الصبي ومات أو فُسخ نكاحه ، فولدت زوجته من الزنا لم تَنْقُضِ به العدة ، وكذلك كل ولدٍ مُتَنَفِيٍّ عن الزوج قطعاً . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : روضة الطالبين (٣٧٤) . القوانين الفقهية (٢٤١) . المبدع شرح المقنع (١١٠/٨) .

ومذهب الحنفية : أن الصبي لو مات أو فسخ نكاحه ، ثم ولدت زوجته ، فلها حالتان :

(الأولى) : أن يظهر الحمل بعد موته ، فعدتها حيثُذ أربعة أشهر وعشر ولا ينظر إلى الحمل ؛ لأنه من زنا حادث بعد موته ، أو بعد الفسخ .

(الثانية) : أن تكون حاملاً عند موت الصبي ، فعدتها أن تضع حملها ؛ استحساناً في قول أبي حنيفة ومحمد . وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور ، وهو قول زفر أيضاً . انظر : المبسوط (٥٢/١) . الهداية (٣٠٩/٢) . فتح القدير (٣٢٣/٤) .

(٢) المسوح : هو فاقد الذكر والأنثيين . (٣) في (أ) ، (ب) : « مُتَنَفِيٍّ » .

(٤) وذلك مثل أن تلد لأقل من ستة أشهر من حين العقد عليها ، أو تلد لأكثر من ستة أشهر ولكن لم يدخل بها زوجها ولا رآها قط ، ونحو هذا ، فلا تنقضي عدتها - إذا طلقت - بوضع هذا الحمل وإنما تعتد بالأقراء بعد وضعه .

أما الحمل المنفي باللعان ، فتتقضي العدة بوضعه ؛ لأن القول في العدة قولها ، وهي تقول : إنه من الزوج .

فرعان

أحدهما : لو قال ^(١) : « إذا ولدت فأنت طالق » فولدت وشرعت في العدة ، فأنت بولد آخر بعد ستة أشهر من الولادة الأولى ، ففي انقضاء العدة [به] ^(٢) ثلاثة أوجه : أحدها : لا تنقضي ؛ لأنه منفي عن الزوج .

والثاني : تنقضي ؛ لأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة من الزوج بعد الولادة الأولى ، فهو كالمنتفي باللعان ^(٣) .

والثالث : أنها إن ادعت وطئا محترماً ^(٤) على الزوج بعد الولادة ، انقضت العدة - وإن كان القول قوله في نفي الولد - ولكن الاحتمال لا ينقطع به . وإن لم تدع لم تنقض .

الثاني : إذا نكح حاملاً من الزنا ، ثم طلقها ، وهي ترى الأدوار ^(٥) - وقلنا : إن دم الحامل دم فساد - فلا أثر له ^(٦) . وإن قلنا : إنه حيض ، فهل تنقضي العدة به ^(٧) ؟ فيه وجهان :

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا قال لها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) . (ب) : « فهو كالمنتفي باللعان » .

(٤) الوطء المحترم هو غير المحرم ، بأن يكون وطء شبهة مثلاً .

(٥) أي الحيض والطهر .

(٦) أي : لا تنقضي عدتها من الطلاق إلا بعد وضع هذا الحمل - الذي هو من الزنا - ثم تعد بالأقراء ؛ وذلك لأن الحمل من الزنا لا أثر له - في انقضاء العدة - إذا وضعت ، فإنه كالمعدوم .

(٧) يعني بالأطهار كما هو المذهب ، فالضمير في قوله : (به) لا يعود على الحيض .

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ حملَ الزنا لا يؤثر في العدة ، فيُنظر إلى الأقراء ^(١) .

والثاني : لا ؛ لأنَّ الأقراء تُؤثر حيث تدلُّ على البراءة ، وهذا لا يدل عليه ، فعليها استئنافُ الأقراء بعد وضع الحمل .

الشرط الثاني : وضع الحمل التام . ويُخرَج عليه ثلاثُ مسائل :

إحداها : أنها لو كانت حاملاً بتوأمين ، لا تنقضي العدة بوضع الأول حتى تضع الثاني ^(٢) . وأقصى مدَّة / بين التوأمين ستة أشهر ، فما جاوزَ ذلك ، فهو حملٌ آخر ١/٢١٦٠

الثانية : لو انفصل بعضُ الولد ، لم تنقضِ العدة حتى ينفصل بكماله . وحكمُ المنفصل بعضُه حكمُ « الجنين » في الغرة ^(٣) ، ونفي الإرث ^(٤) ، وتشريعية العتق إليه من الأم ^(٥) ، وبقاء الرجعة ، والعدة ^(٦) ، والتبعية في الهبة والبيع وغيرهما . وعزِّي إلى القفال أنه إذا صرخ واستهل ، فقد تيقَّنًا وجوده ؛ فله حكمُ المنفصل إلا في العدة ؛ فإن براءة الرحم تحصل بانفصاله .

الثالثة : لو أجهضت جنينًا ، ظهرَ عليه التخطيطُ والصورة : فهو تامٌّ ، وتنقضي به العدة . وإن كانت الصورة بحيث لا يُدركها إلا القوابل : فإن كانت علقه ^(٧) ، فلا حكمَ لها ؛ إذ لا نتيقَّن أنه أصلُ الولد .

(١) وهذا الوجه هو أصبح الوجهين كما في الروضة (٣٧٥/٨) . والغاية (٨٥١/٢) .

(٢) وعليه ، فإذا كانت رجعية صحت رجعتها . ولو طلقها ثانياً وقع الطلاق . ولو مات أحدهما ورثه الآخر .

(٣) يعني أن « المنفصل بعضه » يأخذ حكم « الجنين » ، فلو جنى أحدٌ على الأم وأسقطت هذا « المنفصل بعضه » ميتاً ، فإنه يُقضى فيه بغرة ، والغرة هي العبد أو الأمة .

(٤) أي يمتنع توريثه . وفي الأصل : « ونفي الأرش » وهو خطأ . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني إذا كانت أمُّه أمةً وعَتَقَتْ - وهو ما زال لم ينفصل كلّه - سَرَى العتقُ إليه أيضًا .

(٦) أي : لو راجعها الزوج - والحالة هذه - صَحَّت رجعتها .

(٧) العلقه : هي المني يتنقل بعد طوره في رحم الأم ، فيصير دماً غليظاً متجمداً . ثم ينتقل طوراً آخر ، فيصير لحماً ، وهو المضغة ، وسميت بذلك لأنها مقدار ما يُمضغ . انظر المصباح المنير (٦٥٢/٢) مادة (ع ل ق) .

وإن كان لحما ولم يظهر عليه تخطيطٌ للقوايل ، فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) على انقضاء العدة ^(١) . ونص على أن الاستيلاد لا يحصل به ^(٢) ، ولا غُرَّة فيه ^(٣) . فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج . ومنهم من فَرَّق بينهما ، بأن العدة في الكتاب تتعلق ^(٤) بوضع الحمل ، وهذا حملٌ ^(٥) . والاستيلادُ يتعلَّق بالولد ، وهذا ليس بولد . والغرَّة بدلٌ مولودٍ ، وهذا ليس بمولود ^(٦) .

* * *

(١) الذي وجدته من نص الشافعي في الأم ، هو قوله : « وإذا أَلْقَتْ شيئاً مجتمعا ، شك فيه أهل العدل من النساء ، أَلْقَتْهُنَّ أم أم ؟ لم تحل به ولا تخلوا إلا بما لا يشككن فيه » . انظر : الأم (٢٢١/٥) . ولعل هناك نصاً آخر للشافعي يخالف هذا ، ولكنني لم أعثر عليه .

(٢) أي إذا كانت الأم أمة يطؤها سيدها رجاء ولدها ، فأسقطت قطعة لحم لا يظهر عليها تخطيط صورة آدمي ؛ فإنها بذلك لا يحصل لها أحكام « أم الولد » ، ومن أحكامها أنها تعتق بموت سيدها .

(٣) في الأصل : « ولا غيره فيه » ، وفي (أ) ، (ب) : « ولا عبرة به » وكلاهما ليس مقصود الغزالي (رحمه الله) وإن كان ما في (أ) ، (ب) يصح ، وتأويله حيثئذ : ولا عبرة به في حصول الاستيلاد . والصواب : « ولا غُرَّة فيه » فإذا جَنَى على الأم أحدٌ وأسقطته لحماً ، فلا يُقضى فيه بغرة . ويؤيد صحة هذا ما سيقوله الإمام الغزالي بعد قليل .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تتعلق » .

(٥) أي تنقضي العدة بوضعه وإن كان قطعة لحم ؛ إذ قال الله تعالى : ﴿ وَأُولَآئِ الْأَخْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَصْعَفْنَ خَلْلَهُنَّ ﴾ وهذا حمل .

(٦) ومع هذا ، فالمذهبُ انقضاء العدة به . انظر الروضة (٣٧٧/٨) .

الفصل الثاني

في ظهور أثر الحمل وحقيقته بعد الاعتداد بالأقراء^(١)

وفيه مسائل :

الأولى : المعتدة بالأقراء إذا ارتابت وتوهّمت حملاً بعد تمام الأقراء ، فإن كانت بحيث يُحكم في الظاهر بأنها حاملٌ : فيحرم عليها النكاح . ولو استشعرت ثقلاً ، وتوهّمت ، فهي المرتابة ؛ فلو نكحت قبل زوال الرية نصّ الشافعي (رضي الله عنه) في « المختصر » أن النكاح موقوف^(٢) . ونصّ في موضع آخر : أنه باطل . فمن أصحابنا من قطع بالصحة ؛ إذ بَانَ الحَيْالُ^(٣) ؛ لأنه بُني على سبب ظاهر - وهو العدة - فلا أثر للتحريم برية لا أصل لها . ومنهم من قال : قولان . واختلفوا في أصله ، فقليل : إن أصله قَوْلًا وَقَفَ العقود ، كما لو باع مَالٌ أَبِيهِ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ حَيٌّ ، فإذا هو ميتٌ . وقيل : هذا فاسد ؛ لأنه غير مبنيٍّ على أصل ، بل مأخذه القولان في أَنَّ من شك في عدد الركعات بعد الفراغ ، هل يلزمه التدارك ؟^(٤) وهذا القائل يُفَرِّق بين : إِنْ شَكَّ^(٥) قبل تمام الأقراء أو بعده . والقائل الأول لا يُفَرِّق^(٦) .

(١) يعني إذا ظهر بالمعتدة حملٌ في أثناء اعتدادها بالأقراء أو بعد انقضائها .

(٢) ونصه كما في مختصر المزني ص (٢١٨) : « ولا تنكح المرتابة وإن أَوْفَتْ عِدَّتَهَا ؛ لأنها لا تدري ما عدتها ؟ فإن نكحت لم يفسخ ، ووقفناه ، فإن برئت من الحمل فهو ثابت [يعني النكاح] وقد أساءت . وإن وضعت بطل النكاح » .

(٣) أي بَانَ أنها غير حامل مدة اعتدادها بالأقراء .

(٤) والمذهب أنه لا شيء عليه ، ولا أثر لهذا الشك .

(٥) في (ب) : « أن تَشْكُ » وهو أوضح .

(٦) المرتابة لها أربع حالات :

(الأولى) : أن يظهر بها حملٌ أثناء عدتها ، فعدتها بوضعه ولا اعتبار بما مضى من الأقراء أو الأشهر .

(الثانية) : أن ترتاب قبل تمام الأشهر - لِثِقَلِ نَجْدِهِ لَا تَيَقَّنُ بالحمل - فليس لها أن تتزوج ولو بعد تمام العدة ، حتى تزول هذه الرية ، فإن تزوجت فالنكاح باطلٌ .

الثانية : إذا اعتدت بالأقراء ، ولم تنكح ^(١) ، فأنت بولد لزمانٍ يحتمل أن يكون من الزوج ، ألحق به . وأقصى مدة الحمل عند الشافعي (رضي الله عنه) أربع سنين . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) سنتان ^(٢) .

والأربع تحسب من وقت الطلاق إن كان بائنا ^(٣) ، وإن كان رجعيًا فقولان : أحدهما : من [وقت] ^(٤) الطلاق ^(٥) .

والثاني : من وقت انقضاء العدة ؛ لأن الرجعية في حكم زوجة . فعلى هذا ، لو أتت بولدٍ لعشر سنين مثلاً من وقت الطلاق لحق [به] ^(٦) ؛ لأن العدة يتصور أن تطول بتباعد المدة ^(٧) ، ونحن نكتفي بالاحتمال . ومنهم من استعظم هذا فقال : لا نزيد في العدة على ثلاثة أشهر نُضيفها إلى أربع سنين ؛ فإنه الغالب . إلا أن ما قاله لا ينبغي

= (الثالثة) : إن ارتابت - بعد أن انقضت الأقراء أو الأشهر - وتزوجت ، لم يُحكم ببطان النكاح إلا إذا وضعت لدون ستة أشهر من وقت النكاح . فإن وضعت بعد ستة أشهر ، فالولد للثاني والنكاح مستمرٌ على صحته .

(الرابعة) : إن ارتابت - بعد الأشهر أو الأقراء - ولم تتزوج ، فالأولى أن تصبر إلى زوال الريبة ، فإن لم تصبر وتزوجت ، فالمذهب أن النكاح لا يبطل في الحال ، بل يكون حكمه كما في الحالة الثالثة . انظر روضة الطالبين (٣٧٧/٨) .

(١) في الأصل : « أو لم تنكح » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٢) مذهب الشافعية : أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وعن أحمد رواية أنها سنتان . انظر : الروضة (٣٧٧/٨) . المبدع (١١١/٨) . الإفصاح (١٧٧/٢) .

ومذهب الحنفية : أن أقصى مدته سنتان . انظر الهداية (٣١٦/٢) . الاختيار (١٧٩/٣) .

ومذهب المالكية : المشهور عندهم أنها خمس سنين ، وقيل : أربع سنين . انظر : القوانين الفقهية ص (٢٤١) . الشرح الصغير (٦٨١/٢) .

(٣) وسواء كان بائنا بخلع ، أو بفسخ ، أو بلعان - ولم يُنفِ الحمل - وعليه ، فيلحقه الولد إن ولدته لأربع سنين فأقل ، فإن ولدته لأكثر من أربع سنوات ، فلا يثبت نسب الولد ، وهو منفي عن الزوج بلا لعان .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا القول أظهرهما ؛ لأنها كالبائن في تحريم الوطء . انظر الروضة (٣٧٨/٨) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « بتباعد العدة » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الاحتمال ؛ فلا وجه له .

الثالثة : إذا نكحت ، ثم أنت بوليد لزمانٍ يحتمل أن يكون من الأول ومن الثاني جميعاً : ألحق بالثاني ^(١) لأن فراش الثاني ناسخٌ للأول ^(٢) ؛ فلا سبيل إلى إبطال نكاح جرى على الصحة . أما إذا كان النكاح فاسداً ، بأن جري في أثناء العدة - بأن ظنَّ انقضاءها - فيغرض الولدُ على القائف ؛ فإن ذلك كوطء شبهة ، ولا يؤدي إلى إبطال نكاح صحيح .

ثم الفراش الذي يُتني عليه احتمالُ الولد في النكاح الفاسد ، هو الوطءُ أو مجرد العقد ؟ فيه خلاف ، والظاهر : أنه بالوطء [ولا يلحقه بمجرد العقد] ^(٣) وكذلك الخلاف في انقطاع هذا الفراش ، بالتفريق أو بآخر وطأة ؟ . ولتفت [هذا] ^(٤) على أن العدة ، هل تنقضي مع مجالسة الزوج زوجته ؟ وعليه يُخْرَج أن لحوق الولد في النكاح الفاسد ، هل يقف على الإقرار بالوطء ؟ فإن أخَوَجْنَاهُ إلى الإقرار بالوطء ، فالظاهر أنه لا ينتفي بدعوى الاستبراء ^(٥) ، بل باللعان ^(٦) ، وفيه وجه : أنه كملك اليمين ^(٧) .

الرابعة : في النزاع . فلو قال : « طَلَقْتُ بعد الولادة فلي الرجعة ؛ فإنكِ مُعْتَدَّةٌ » . فقالت : « بل طَلَقْتُ قبل الولادة » : فالقولُ قولُه في وقت الطلاق ، سواء كان وقت الولادة مُعَيَّنًا بالاتفاق أو مُبْهَمًا .

(١) في (أ) ، (ب) : « لَحِقَ الثاني » . (٢) في (ب) : « ناسخ الأول » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) أيضاً .

(٥) الاستبراء لغة : هو طلب البراءة . وشرعاً : تربص الأمة مدةً بسبب ملك اليمين حدوداً أو زوالاً . أو تربص المزنّي بها أو الموطوءة بشبهة ؛ لمعرفة براءة رحمها أو للتعبّد . وقوله : (فالظاهر أنه لا ينتفي بدعوى الاستبراء) يعني أن الولد يلحق نسبته بالزوج في النكاح الفاسد وإن ادّعى الزوج أنه قد استبرأها بحبيضة أو أكثر . انظر : القوانين الفقهية ص (٢٤٥) . الشرح الصغير (٧٠١/٢) مغني المحتاج (٤٠٨/٣) .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣٨٢/٨) .

(٧) أي ينتفي الولد بللعان إذا ادّعى الاستبراء ، وذلك قياساً على الأمة ؛ إذ لو وطئها واستبرأها بحبيضة ، فالذهب أنه ينتفي عنه الولد بغير لعان ؛ لأن فراش الأمة ضعيف . وفي (ب) : « وفيه وجه كملك اليمين » .

ولو اتفقا على وقت الطلاق ، واختلفا في وقت الولادة ، فالقول قولها ؛ لأنها مؤتمنة على ما في رحمها .

لو اتفقا على الإشكال ، فالأصل / بقاء سلطان الرجعة ، واستمرار النكاح . ٢١٦/ب

وإن جُزمت الدعوى ، فقال : لا أدري . فعليه أن يحلف جزماً ، أو تنكل ؛ حتى تردّ اليمين عليها . ولو جُزِم الدعوى ، وقالت : لا أدري ، فالزوج على الارتجاع ، وهي مُدَّعية ؛ فلا تُسمع الدعوى مع الشك .

الباب الثاني

في تداخل العدتين عند تعدد سببه (١)

والسبب : إما الوطء ، وإما الطلاق .

أما الوطء ، فتعدُّه : إما من شخصين ، وإما من شخص واحد . أما من شخص واحد ، فهو أن يُطلقها ، ثم يطؤها بالشبهة ؛ فتداخل العدتان إذا اتفقتا - بأن لم (٢) يكن إحيالاً (٣) وكانت من ذوات الأشهر أو الأقراء (٤) - فتعد بثلاثة أشهر ، (٥) أو ثلاثة أقراء ؛ فتقضي العدتان (٦) . ولو كان قد انقضى قرآن فوطئها ، استأنفت ثلاثة أقراء ، واندرج القرء الثالث (٧) في [القرء] (٨) الأول حتى تتمادى الرجعة إلى انقضاء هذا القرء . ثم لا رجعة في القرأين الباقيين ؛ لأنهما من الوطء بالشبهة . ومعنى التداخل : أن القرء الأول المشترك تأدّت به عدتان .

أما إذا اختلفت العدتان ، بأن كان إحداهما بالحمل (٩) ، ففي تداخلهما وجهان مشهوران :

أحدهما : أن التداخل كالتفتتين (١٠) .

والثاني : لا ؛ لأن الاندراج والتداخل يليق بالمتجانسات .

فإن قلنا بالتداخل ، فسواء طرأ الحمل على الوطء ، أو طرأ الوطء على الحمل ؛ فتتمادى

(١) في (أ) ، (ب) : « عند تعدد سببهما » .

(٢) في الأصل : « فإن لم .. » . وما في (أ) ، (ب) أوضح .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكانت من ذوات الشهور والأقراء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أو بثلاثة أقراء ، وتقضي العدتان » .

(٥) في الأصل : « واندرج القرء الثاني » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٦) زيادة من (ب) . (٧) يعني والعدة الأخرى : بالأقراء أو الشهور

(٨) وهذا الوجه هو أحدهما كما في الروضة (٣٨٤/٨) . وفي (أ) ، (ب) : « أحدهما التداخل كالتفتتين » وهو

يعني كالتفتتين في الجنس الواحد .

الرجعة والعدة إلى وضع الحمل وتنقضي [العدة] ^(١) به .

وإن قلنا : لا تتداخل ، نُظِر : فإن طرأ الوطء على الحمل ، انقضت عدة الطلاق بالوضع ، وانقطعت الرجعة ، واستأنفت الأقراء بعده للوطء . وعلى هذا ، لو كانت ترى الدم أيام الحمل ، قال القاضي والشيخ أبو حامد ^(٢) : تنقضي بها عدة الوطء ^(٣) ، إذا قلنا : إنه حيض ، ويؤدي إلى انقضاء عدتين مختلفتين في زمان واحد لجريان الصورتين ، وعللوا بأن سبب لزوم الأقراء [مجرد التعبد ، ولا تشترط البراءة . وقال الشيخ أبو محمد : كونها في مظنة الدلالة على البراءة ، لا بد منه ؛ إذ به يحصل التعبد ، فلا بد من استئناف الأقراء] ^(٤) بعد الوضع .

أما إذا كانت حائلا في عدة الطلاق ، فأحبلها بالوطء ، انقطع عدة الطلاق ؛ ^(٥) لأنّ الحبل أقوى ^(٦) فإذا وضعت ^(٧) رجعت إلى بقية عدة الطلاق ^(٨) وثبتت الرجعة وسائر أحكامها من الميراث وغيره في تلك البقية . وهل تثبت قبل الوضع ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنها ليست في عدة الطلاق .

والثاني : نعم ؛ لأنها تعرض للرجعة ، وملتزمة لها في المستقبل ؛ فيتعُد الإبانة في الحال ثم العود إلى الرجعة ^(٩) .

فعلى هذا ، لم يتغير بما طرأ إلا طولُ المدة ، وإلا فهي رجعية على الدوام إلى انقضاء العدتين .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « والشيخ أبو محمد » وهو خطأ ، ويدل عليه ما بعده من ذكره للشيخ أبي محمد والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وقول الشيخ أبي حامد هو الأصح كما في الروضة (٣٨٥/٨) .

(٤) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن الحمل أقوى » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « رجعت إلى عدة بقية الطلاق » .

(٧) وهذا الوجه هو أصح الوجهين كما في الروضة (٣٨٥/٨) .

ثم مهما راجعها - أو جدد النكاح عليها - انقطعت العدتان جميعاً .

أما إذا كان من شخصين بأن طلقها ، فوطئها بالشبهة غيره : لم تتداخل العدتان عندنا خلافاً لأي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن التعبد في حق الزوج بالعدة يتعدد عند تعددهما ^(١) .

ثم يُنظر : فإن كانتا متفتحتين ، يُنظر ^(٢) : فإن سبق الطلاق الوطء ^(٣) ، استمرت عدة الزوج ، والرجعة إلى تمام ثلاثة أقرء ، ثم بانت ، واستفتحت عدة الوطء ، ولم يكن له تجديد النكاح بعد شروعها في عدة الشبهة ، وهل له قبل ذلك إن ^(٤) كانت بائنة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنها ليست إلا في عدته ^(٥) .

والثاني : لا ؛ لأن لزوم العدة عن الشبهة كوجودها ؛ لأنه ^(٦) لو نكحها لم يحل له

(١) مذهب الشافعية : أن العدتين من شخصين لا تتداخلان ، فإذا طلقها زوجها ، ثم وُطئت بشبهة أو بنكاح فاسد ، فيجب عليها إكمال عدة الأول ، ثم استئناف العدة من الوطء بالشبهة أو النكاح الفاسد . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : الغاية القصوى (٨٥٣/٢) . القوانين الفقهية ص (٢٤٢) المقنع ص (٢٦٠) . المبدع (١٣٤/٨) .

مذهب الحنفية : أن العدتين من شخصين يتداخلان ؛ لأن المقصود من العدة التعرف على فراغ الرحم ، وقد حصل التعرف على ذلك بالعدة الواحدة ، فيتداخلان .

والشافعية ومن وافقهم يقولون : المقصود من العدة العبادة - أي عبادة الكف عن الزواج والكف عن الخروج - والعبادات لا تتداخل فيها ، كالصومين في اليوم الواحد ، فكما لا تتدخل في الصوم فكذا في العدة . انظر : الهداية (٣١٠/٢) . الاختيار (١٧٥/٣) . العناية على الهداية (٣٢٧/٤) . رد المحتار (٥١٩/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يُنظر » .

(٣) في الأصل : « فإن سبق الطلاق بالوطء » . والمثبت من (أ) ، (ب) . والمقصود إذا سبق الطلاق الوطء بالشبهة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٥) وهذا الوجه هو أصحهما عند أكثر من الشافعية . انظر الروضة (٣٨٦/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولأنه » .

وطؤها ، والرجعةُ تحتل ذلك ، ولا يحتمله النكاح كما في المحرمة ^(١) .
وأما إذا وطئت ، فشرعت في العدة ، وطلقها ^(٢) ، ففي الانتقال إلى عدة الطلاق
وجهان :

أحدهما : [أنها] ^(٣) تنتقل ؛ لأن عدة الطلاق أقوى ^(٤) .

والثاني : تستمر ؛ لأن السابق أولى ^(٥) .

فإن قلنا بالانتقال ، رجعت إلى بقية عدة الشبهة ^(٦) عند تمام عدة النكاح . وإن قلنا :
تستمر ، استأنفت عدة النكاح بعد عدة الشبهة ^(٦) ، وثبتت الرجعة [فيها] ^(٧) . وفي
ثبوتها قبل ذلك الخلاف السابق .

أما إذا كانتا مختلفتين ، بأن كان إحداهما بالحمل - فعند هذا يبطل النظرُ إلى
السبق ، وتُقدَّم عدة الحمل .

ثم النظرُ في كيفية الرجعة ، وانقطاع العدة ، والانتقالِ منهما ^(٨) ذكرناه في العدتين
المختلفتين من شخص واحد ، حيث قلنا : إنهما لا يتداخلان . نعم ، هذا يفارقه في ثلاثة
أمور :

الأول : أنه لو راجعها - وكانت حاملاً من الأجنبي - لم يحلَّ الوطء . فإن كانت

(١) وذلك أن الرجعة تصح إذا كانت الزوجة محرمةً بالحج ، مع أنه لا يجوز ابتداء عقد النكاح عليها إذا كانت في الإحرام .

(٢) يعني إذا وطئت منكوحةً بشبهة ، فشرعت في عدة هذا الوطء ، فطلقها زوجها في أثناءها .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو أصح الوجهين عند الأكثرين من الشافعية . انظر الروضة (٣٨٦/٨) .

(٥) يعني تستمر في عدة الشبهة ، لأن سببها - وهو الوطء - سابق على الطلاق ، فيراعى .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « منها » .

حاملًا منه ، وقد بقيت عليها عدة الوطء بالشبهة ، ففي جواز الوطء وجهان جاريان في وطء الحامل من النكاح بعد أن وُطئت بالشبهة :

أحدهما : الجواز ؛ إذ ليست في عدة الشبهة ما لم تضع حمل الزوج ^(١) .
والثاني : لا ؛ لوجوب العدة .

الأمر الثاني : أنها لو كانت ترى صورة الأقراء مع الحمل ، فالمصير إلى انقضاء العدة بها - مع تعدد الشخص - بعيدٌ ، وقيل : يطرّد ذلك ها هنا كما في شخص واحد ^(٢) .

الأمر الثالث : / أنه لو أراد أحدهما نكاحها - وهي ملابسة عدة غيره - لم يَجُزْ . ٢١٧/أ
وإن كانت حاملًا من الزوج فنكحها ، وهي متعرضة لعدة الشبهة - لكن ^(٣) بعد الوضع - فصحة النكاح تُبْنَى ^(٤) على جِلّ الوطء في مثل هذه الحالة . ومنهم من قال : وإن قلنا بالحلّ ، فذلك في دوام النكاح ، أما ابتداء النكاح فلا يحلّ مع لزوم عدة الشبهة .

هذا كلّهُ في عدة المسلمين ^(٥) ، أما الحريون فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) أن الحربي إذا طلق زوجته ، فوطئها حربيًا في نكاح وطلقها ، فلا يُجمع عليها بين العدتين . فمن أصحابنا من قال : قولان . ووجه الفرق : أن التعبد في حقّ الحربي لا يتأكّد ، فكأن أهل الحرب كلهم شخصٌ واحدٌ ^(٦) ، فتداخل . ومنهم من قطع بالفرق ، وفَرَّقَ بأنّ حقّ الحربي يتعرض للانقطاع بالاستيلاء ، فاستيلاء الثاني يقطع حقّ الحربي الأول .

فإن قيل ^(٧) : ما ذكرتموه في عدة الحمل ، إنما يستقيم إذا عَلِمَ أن الحمل من أحدهما ^(٨) ، فإن احتمل أن يكون منهما ، فكيف السبيل ؟ قلنا : إذا وُضِعَ ، غُرِضَ

(١) وهذا الوجه هو الراجح . انظر الروضة (٣٨٨/٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من شخص واحد » . (٣) في (أ) ، (ب) : « ولكن » .

(٤) في (ب) : « تبني » . (٥) في (أ) ، (ب) : « المسلم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كشخص واحد » .

(٧) هذا عوّد من الإمام الغزالي (رحمه الله) إلى إتمام الكلام في الأحكام الخاصة بالمسلمين في تداخل العدتين .

(٨) أي من الزوج أو الواطئ بالشبهة .

على القائف ، فإذا ألحق^(١) بأحدهما حُكِمَ بانقطاع عدته دون الثاني . وإن لم يكن قائف^(٢) ، (أو أشكل عليه^(٣) ، يُقضى بأن إحدى العدتين انقضت على الإبهام .

ويتصدى النظر في ثلاثة أمور :

الأول : أن الرجعة ، إن جَوَّزَناها في حال ملابسة عدة الغير ، فله الرجعة . وإن لم نجوزها ، فعليه أن يُراجع مرتين ، مرة قبل وضع الحمل ، ومرة بعده^(٤) . فلو اقتصر على إحداهما^(٥) لم يَسْتَفِدْ به شيئاً ؛ لتعارض الاحتمالين^(٦) ، إلا أن يقتصر على رجعة ، فيوافقها إلحاق القائف فنتبين صحته . وذكر العراقيون وجهها : أن الرجعة لا تحتل هذا الوقف كالنكاح .

الثاني : تجديد النكاح^(٧) . ولا فائدة في نكاح واحد ؛ فإنه لا يُفِيد جِلاً مع الاحتمال ، ولكن لو عقد قبل الوضع وبعده ، ففيه وجهان . ووجه المنع : أن النكاح لا يحتمل مثل هذا الوقف وإن احتملته الرجعة .

الثالث : النفقة إذا كانت بائنة ، فإنها تُسْتَحَقُّ على الزوج : إما للحمل وإما للحامل^(٨) . فإن كان من الواطئ بالشبهة^(٩) فَتُسْتَحَقُّ عليه إن قلنا : إنها للحمل ، وإن قلنا : للحامل ، فلا^(١٠) ، ولكن لا يطلب واحد^(١١) منهما في الحال ؛ للإشكال^(١٢) . فإن وضعت وألحق القائف بالزوج ، فلها طَلَبُ النفقة الماضية . وإن ألحق بالواطئ لم

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا ألحق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كان وأشكل » .

(٣) وذلك حتى تكون إحدى الرجعتين واقعة في عدته هو يقينا .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « أحدهما » والواجب التأنيث ؛ إذ المقصود هو الرجعة .

(٥) إذ قد تقع الرجعة في عدة الواطئ بالشبهة . في (أ) ، (ب) : « تجدد النكاح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أو للحامل » . (٨) من (أ) ، (ب) : « من الوطئ بالشبهة » .

(٩) والأظهر أن النفقة للحامل كما في الروضة (٣٩١/٨) .

(١٠) في (أ) : « لا نطلب واحداً » .

(١١) والإشكال يتمثل في أن الحمل غير معروف نسبته ، فقد يكون من الزوج ، أو الواطئ بالشبهة .

يُطالب ؛ لأن نفقة القريب تسقط بِمُضِيِّ الزمان ، فليس عليه إلا نفقة الحمل ^(١) .
فروع ستة ^(٢)

الأول : قال الأصحاب : لا تنقضي عدة الزوج إذا كان يعاشرها معاشرة الأزواج .
وقال المحققون : هذا خارج عن القياس ؛ فإن العدة لا تستدعي إلا انقضاء المدة مع عدم الوطء ، ولذلك تنقضي عدتها وإن لم تعرف الطلاق والموت ولم تأت بالحداد وملازمة المسكن . وقال القاضي : لا نصّ للشافعي (رضي الله عنه) على هذا . وأنا أقول : مخالطة البائن لا تمنع ^(٣) ؛ فإنه في حكم الزاني ^(٤) . ومخالطة الرجعية تمنع ؛ لأن اعتدادها في صلب النكاح ، فلا أقل من أن تعتضد بالاعتزال وتترك المخالطة فعلاً . وهذا - وإن كان فيه فقه - فلا يخلو عن إشكال . ثم على هذا لا يُشترط الوطء ولا دوام المجالسة ، ولكن المعتاد بين الأزواج .

فإن طالت المفارقة ، ثم جرت مجالسات في أوقات مختلفة ، فيحتمل أن تُحسب أوقات المفارقة دون أوقات المخالطة ، ويحتمل أن يقال : يَنقُطع ما مضى ، ^(٥) وهو خبطٌ وخيرة ولا تفرع على مُشكل ^(٥) .

الثاني : عدة نكاح الشبهة تحسب من وقت التفريق ، أو الوطء ؟ فيه قولان . فإن قلنا : من الوطء ، فلو اتَّفَقَ أنه لم يطأها بعد ذلك مدة العدة ، ^(٦) تبين انقضاء العدة ^(٦) ، وإذا وطئها انقطعت . وإن قلنا بالتفريق ^(٧) ، فلا مبالاة بمخالطته بعد ذلك ؛ لأنه في حكم الزاني ولا أثر لمخالطة الزناة في العدة . وهذا يدل على أن مخالطة الزوج البائنة - مع

(١) أي عليه نفقة حضانة الحمل بعد الوضع .

(٢) كلمة : « ستة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) أي لا تمنع انقضاء العدة .

(٤) في (أ) : « لأنه في حكم الزاني » يعني أن الزاني لا حرمة لمائه .

(٥) في (ب) : « وهو ضبط جره التفريع على شكل » وهو كلام لا معنى له وصوابه : « وهو خبط جره التفريع على مشكل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فتبين انقضاء العدة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بالتفرق » .

العلم - لا يؤثر ^(١) ، ومع الجهل يُؤثر عند الأصحاب . ثم يحتمل أن يقال : المراد بالتفريق انجلاء الشبهة . ويحتمل أن يقال : إنه المفارقة بالجسد ، والظاهر أنه انجلاء الشبهة ؛ فالتخالطة بعده في حكم الزنا .

الثالث : إذا نكح معتدة على ظن الصحة ووطئها ، انقطع عدة النكاح بما طرأ ، وفي وقت انقطاعه قولان ^(٢) :

أحدهما : أنه من وقت العقد .

والآخر : من وقت الوطء ؛ لأن العقد فاسد ^(٣) .

فإن قلنا : تنقطع بالعقد ، فلو لم تُزَفَّ إلى الثاني ، فالصحيح : أننا نتبين أن العدة لم تنقطع ؛ لأنه مجرد لفظ ^(٤) ، وإنما ينقذ ذلك على قول إذا أفضى إلى الزفاف ، أما إذا أفضى إلى مخالطة وزفاف ، ولكن انجلت الشبهة قبل الوطء ، فهذا محتمل .

الرابع : / من نكح معتدة بالشبهة ، لم تحرم عليه على التأيد . وفيه قول قديم ؛ تقليدًا ٢١٧/ب لمذهب عمر (رضي الله عنه) : أنها تحرم ؛ للزجر عن استعجال الحِلِّ وخلط النسب ^(٥) . ثم لا يجري هذا القول في الزاني ؛ لأنه لا يبغي الحِلَّ ^(٦) .

الخامس : إذا طلق الرجعية طلاقاً أخرى بعد المراجعة ، فتستأنف العدة أو تبتنى ؟ فيه قولان مشهوران :

(١) يعني أنّ وطأه لها - مع علمه بالتحريم - لا يؤثر في انقضاء العدة .

(٢) يعني في وقت انقضاء العدة .

(٣) وهذا أصح القولين ؛ لأن النكاح الفاسد لا حرمة له . انظر الروضة (٣٩٦/٨) .

(٤) أي العقد الفاسد مجرد لفظ لاحقيقة له ؛ إذ لم ينجس وطء .

(٥) مذهب عمر (رضي الله عنه) رواه مالك في الموطأ (٥٣٦/٢) ، (٥٧٥/٢) وإسناده صحيح .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه يبغي الحِل » وهو خطأ ؛ إذ الزاني يعلم حرمة ما يفعل .

أحدهما : البناء ، كما إذا طلقها طلقاً بائنة^(١) ، ثم جدّد نكاحها بعد قرء ، ثم طلقها قبل المسيس ، فإنه يكفيها قرءان ، ولا تستحق إلا نصف المهر خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) .

والثاني : الاستئناف ؛ فإنها مردودة^(٢) إلى نكاح جرى فيه وطء بخلاف تجديد النكاح .

أما إذا طلقها قبل الرجعة^(٣) ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : من [قال]^(٤) تستأنف في تلك الصورة يلزمه أن تستأنف هاهنا . فمنهم من قال : هو تفریع ؛ فيخرج هذا أيضاً على قولين . ومنهم من قطع بأنه لا تستأنف ؛ لأن الطلاق الثاني تأكيد للأول^(٥) ؛ فلا يقطع العدة^(٦) .

فإن قلنا بالاستئناف ، فإن كانت حاملاً فيكفيها وضْع الحمل ؛ لأن هذه بقية تصلح لأن تكون عدة مستقبلية^(٧) .

ولو راجعها ، فوضعت ، ثم طلقها : استأنفت ثلاثة أقرء على قول الاستئناف^(٨) . وعلى قول البناء وجهان :

أحدهما : أنه لا عدة عليها ؛ إذ لا وجه [بعد الطلاق للاستئناف ولا]^(٩) للبناء .

(١) في الأصل : « طلقه ثانية » وهو خطأ ، ويدل على ذلك بقية السياق .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأنها مردودة » . (٣) يعني وكانت لا تزال في عدة الطلاق الأول .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « تأكيد الأول » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) والمذهب على هذا القول ، أنها لا تستأنف ؛ بل تبني على العدة الأولى ؛ لأنها طلاقان لم يتخللهما وطء ، فصار كما لو طلقها طلاقين معاً . انظر الروضة (٣٩٧/٨) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « مستقلة » .

(٨) والمذهب أنها تستأنف . انظر الروضة (٣٩٦/٨) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنا نرجع إلى قول الاستئناف [إذ لا سبيل إلى إسقاط حقهم] ^(١) عند تعذر البناء .

أما إذا راجع الحائل في الطهر الثالث ، ثم طلقها ، قال القفال : هذا كالمراجعة بعد تمام العدة ؛ لأن بعض الطهر الثالث قرء كامل . وقال الشيخ أبو محمد : القرء هو البعض الأخير المتصل بالحيض ، وهذا جرى في النكاح ، والنصف الأول لا يُعْتَدُّ به .

السادس : لو ^(٢) خالع زوجته بعد المسيس ، ثم جدد نكاحها ، وطلق ^(٣) بعد المسيس : لم يكن عليها إلا عدة واحدة ، وتندرج بقية الأولى تحت هذه .
ولو مات ، فهل تندرج تلك البقية تحت عدة الوفاة مع اختلاف نوع العدة ؟ فيه وجهان ^(٤) .

(٢) ليست في (أ) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وطلقها » .

(٤) والمذهب - وبه قطع البغوي وغيره - أنه يكفيها عدة الوفاة ، وتسقط بقية العدة السابقة ، كما لو مات عن رجعية . الروضة (٣٩٧/٨ وما بعدها) .

القسم الثاني من الكتاب

في عدة الوفاة وحكم الشكوى

(وفيه بابان)

الباب الأول

في موجب العدة ، وقدرها ، وكيفيتها

(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الموجب والقدر

فنقول : المتوفى عنها زوجها ، عليها عدة الوفاة ، تمسوسة كانت أو لم تكن . وإن كانت حاملاً ، فمهما وضعت خلّت ولو في الساعة . ويحل لها غسل الزوج عندنا بعد العدة ، وبعد نكاح زوج آخر . وإن كانت حائلاً ^(١) ، فتعدّ أربعة أشهر وعشراً . والأمة تعتدّ بشهرين وخمسة أيام ، وتنقضي العدة وإن لم تحض في هذه المدة ، خلافاً للمالك (رحمه الله) ؛ لأن الله تعالى لم يتعرض للحيض مع تعرض النساء له ^(٢) . ومالك (رحمه الله) يقول : لا أقل من حيضة واحدة ، أو وقوع الحيض المعتاد مرة أو مرات ^(٣) .

(١) في الأصل : « حاملاً » وهو خطأ واضح .

(٢) هذا برهان منه على صحة مذهب الشافعي (رحمه الله) ، وذلك أن الله تعالى جعل عدة المتوفى عنها زوجها أن تتربص أربعة أشهر وعشراً ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ... ﴾ [البقرة : ٢٣٤] . ولم يجعل الله تعالى هذه العدة بالحيض مع أنه من شأن النساء . ولما كان الرق مُنْتَصِفاً ، كانت عدة الإماء نصف عدة النساء الحرائر ، وذلك شهران وخمسة أيام لباليهن .

(٣) مذهب الشافعية : أن الأمة المتوفى عنها زوجها - ولم تكن حاملاً - عدتها على النصف من عدة الحرة ، وذلك شهران وخمسة أيام . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة أيضاً . انظر : روضة الطالبين (٣٩٩/٨) . الهداية (٣٠٨/٢) . =

فرع : لو طلق إحدى امرأته على الإبهام ، ومات قبل البيان ، فعلى كل واحدة أربعة أشهر وعشْر للاحتياط إن كانتا حائلتين غَيْرَ مدخول بهما . وإن كانتا حاملتين فعليهما التربصُ إلى حين الوضع . وإن [كانتا حائلتين من ذوات الأشهر ، فعليهما أربعة أشهر وعشر ؛ إذ تنقضي الأشهر الثلاثُ أيضًا . وإن ^(١) كانتا من ذوات الأقراء ، فعلى كل واحدة التربصُ بأقصى الأجلين ، ويكفي غَيْرَ المدخول بها تربصُ أربعة أشهر وعشر .

* * *

= الاختيار (١٧٢/٣) . شرح العناية على الهداية (٣١٢/٤) . الدر المختار (٥١١/٣) . المقنع ص (٢٥٨) وشرحه المبدع (١١٣/٨) .

ومذهب المالكية : لم تتفق أقوال المالكية في هذه المسألة ، فبعض ينص على أن المذهب في هذه المسألة كما هو الحال عند الجمهور ، وبعض آخر يُفَضِّل ، فيكتفي بالشهرين والخمسة الأيام في الأمة غير المدخول بها ، أو إذا كانت صغيرة ، أو يائسة ، أو من ذوات الحيض وحاضت فيها ، فأما التي لا تحيض - وهي مدخول بها - فتلاثة أشهر ، وهو أحسنها . ولا بن القاسم في « العتبية » : تحل بمضي الشهر وخمس ليال مطلقا . ويروى عن مالك (رحمه الله) أنها إن كانت غير مدخول بها : اكتفت ، وإلا فتلاثة أشهر ، ولا تحل بدون الحيض مطلقا . وهذا عندهم ضعيف . انظر : الموطأ (٦٠٠/٢) . الخرشبي على مختصر خليل (١٤٥/٤) . الكافي ص (٢٩٤) القوانين ص (٢٤٣) . الشرح الصغير (٦٨٣/٢) . حاشية الدسوقي (٤٧٨/٢) .

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) وساقط من الأصل .

الفصل الثاني

في المفقود زوجها

فإن وصل خَيْرُ موتهِ بينةً ، فعدَّتْها من وقت الموت عندنا ^(١) . وقال عليّ (رضي الله عنه) : من وقت بلوغ الخبر . وإن اندرس خَيْرُهُ وأَثَرُهُ ، وغَلَبَ على الظنونِ موْتُهُ ، فقولان : أحدهما ^(٢) : أنها زوجته إلى أن تقوم البينةُ بموته . وهو القياس ؛ لأن النكاح ثابتٌ بيقين ، فكيف يُقْطَعُ بالشك ^(٣) ؟ .

والثاني : أنها ترتبص أربع سنين ، ثم تعتدُّ بعد ذلك عدةً الوفاة . وقد قلَّد الشافعي فيه ^(٤) عمرَ (رضي الله عنهما) في القديم ^(٥) ، ورجع عنه في الجديد . وقال : لو قضى به قاضٍ ^(٦) نقضتُ قضاءه ^(٦) ؛ إذ بَانَ له أنَّ تقليدَ الصحابة لا يجوز للمجتهد .

وقد طَوَّل الأصحاب في التفریع عليه ، وقد ذكرناه في المذهب البسيط ؛ فلا معنى له مع صحة الرجوع عنه .

ثم على الجديد ، فلها طلب النفقة من مال الزوج أبداً ؛ فإن تعذر كان لها طلب الفسخ بعذر النفقة على أصح القولين .

(١) وهو مذهب الأئمة الأربعة جميعاً . انظر : المبسوط (٣١/٦) . الكافي ص (٢٩٤) . الروضة (٤٢٤/٨) .
المقنع ص (٢٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الجديد » .

(٣) انظر الأم (٢٣٩/٥) . الروضة (٤٠٠/٨) .

(٤) كلمة : « فيه » ساقطة من (ب) .

(٥) روى مالك في الموطأ (٥٧٥/٢) بإسناده أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال : « أيما امرأة فقدت زوجها ، فلم تدر أين هو ؟ فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ، ثم تحلُّ » . وهذا مذهب الإمام مالك أيضاً .

(٦) في (أ) ، (ب) : « تُنْقِضُ قَضَاؤُهُ » . انظر الأم (٢٤٠/٥) . الروضة (٤٠١/٨) .

الفصل الثالث

في الإحدا

وذلك واجب في عدة الوفاة [و] ^(١) غير واجب في عدة الرجعية . وفي عدة البائنة قولان ^(٢) وفي المفسوخ نكاحها طريقان . منهم من قطع بأنها لا تجب ^(٣) ، كالمعتدة من شبهة ^(٤) ، وكأتم الولد إذا مات عنها سيدها . ووجه حداد ^(٥) المطلقة البائنة : القياس / ٢١٨ أ على عدة الوفاة . ووجه الفرق : أنها مجفوة بالطلاق ، وإنما يليق الإحدا بالمتفجعة بالموت . والأصل - في وجه الإحدا - قول رسول الله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتخذ على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » ^(٦) فأفاد هذا جواز الحداد ثلاثة أيام على الجملة ، وتحريمه بعد الثلاث ^(٧) وبعد العدة .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) القديم وجوبه ، والجديد أنه يستحب . انظر الروضة (٤٠٥/٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بأنها لا تحدد » . (٤) في (أ) ، (ب) : « كالمعتدة عن شبهة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وجه إحدا المطلقة » .

(٦) صح هذا الحديث عن جماعة من الصحابة ، منهم عائشة وأم عطية ، وأم حبيبة ، وحفصة ، وزينب بنت جحش وغيرهن (رضي الله عنهم جميعا) . انظر : فتح الباري (١٧٤/٣) (٢٣) كتاب « الجنائز » (٣٠) باب « إحدا المرأة على غير زوجها » . حديث (١٢٧٩ - ١٢٨٢) . صحيح مسلم (١١٢٣/٢) - (١١٢٨) (١٨) كتاب « الطلاق » (٩) باب « وجوب الإحدا في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام » حديث (١٤٨٦ ، ١٤٨٧ ، ١٤٩٠ ، ١٤٩١) .

ورواه أبو دود (٧٢٣-٧٢١/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٤٣) باب « إحدا المتوفى عنها زوجها » . حديث (٢٢٩٩) سنن الترمذي (٥٠٠/٣) وما بعدها (١١) كتاب « الطلاق » (١٨) باب « ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها » . حديث (١١٩٥) ، (١١٩٦) ، (١١٩٧) . النسائي (٢٠١/٦) وما بعدها باب « ترك الزينة للحادة المسلمة دون اليهودية والنصرانية » . سنن ابن ماجه (٦٧٤/١) (١٠) كتاب « الطلاق » (٣٥) باب « هل تحدد المرأة على غير زوجها ؟ » . حديث (٢٠٨٥ ، ٢٠٨٦ ، ٢٠٨٧) .

(٧) في (ب) : « بعد الثلاثة » .

ومعناه ^(١) : ترك الزينة ، والطيب ^(٢) - على قصد الحداد - وإلا فلا منع عن ترك الزينة ^(٣) . فإن قيل : وما كيفية الحداد ؟ قلنا : معناه ترك التزين والتطيّب . والحداد من : « الحد » وهو المنع . والتزئ إنما يكون بالتنظيف والثياب والحلي .

أما التنظف بالقلم ^(٤) ، والاستحداد ، والغسل ، وإزالة الوسخ : فلا يحرم . وأما الثياب ، فالنظر في جنسها ولونها . أما الجنس ، ^(٥) فتجمل كلها سوى ^(٦) الإبريسم ^(٧) ، فيحل الخبز والديقي ^(٨) والكتان وغيره مما يحل للرجال . ^(٩) وإنما الإبريسم ، وإنما أحل لها ^(١٠) لأجل التزئ للرجال . وقال العراقيون : الإبريسم - في حقها - كالقطن في حق الرجال ، وإنما عليها ترك المصبوغات من الثياب . والأول أصح .

وأما الحلي ، فيحرم ما هو من الذهب ؛ لأنها خاصية النساء ^(١١) . والظاهر أنه [أيضًا] ^(١٢) يحرم التحلي بالآلئ المجردة ؛ لأنها للزينة . وأما ^(١٣) التخنم بخاتم - يحل مثله للرجال - فلا يحرم . وأما المصبوغ للزئ ، كالأحمر والأصفر والأخضر ، فهو حرام من القطن والكتان وغيره .

(١) أي معنى الحداد .

(٢) في (ب) : « والتطيّب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من ترك الزينة » .

(٤) أي تقليم الأظافر . انظر المصباح المنير (٧٩٣/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فتجمل لها كل ما سوى ... » .

(٦) الإبريسم : هو الحرير . القاموس المحيط (١٣٩٥) .

(٧) الديقي : نسبة إلى « ديق » وهي بلدة بمصر ، والثياب الديقية هي ثياب رقيقة كانت تتخذ بها . انظر لسان العرب (١٣٢٤/٢) . القاموس المحيط ص (١١٣٨) مادة (د ب ق) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وإنما الإبريسم هو الذي أحل لها » .

(٩) في (ب) : « لأنها خاصة النساء » . (١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « وإنما » .

وإنما ^(١) الأسود والأَكْهَبُ الكَدِرُ ^(٢) ، وما لا يُتَزَيَّن به ، فهو جائز . ولا فرق بين أن يُصْبَغ ^(٣) بعد النسج أو قبله ^(٤) ، وخصص أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) التحريم بالمصبوغ بعد النسج ^(٥) . أما الثوبُ الخشن - إذا صُبِغَ على خلاف العادة صبغ الزينة - حكى صاحب « التقريب » فيه قولين ، ووجهُ المنع : أنه من البُعْدِ تظهر به الزينة .

وأما الزينةُ في أثاث البيت والفرش ، فلا تحرم ؛ وإنما الحداذ في بدنِها . وأما الطيب ^(٥) ، فيحرم عليها ما يحرم على المحرِّم . وَيَحْرُمُ عليها أن تدهن رأسها ولحيتها - إن كانت لها لحية - كالمحرِّم . ولا يَحْرُمُ عليها أن تدهن بدنِها إن لم يكن فيه طيب ، وإنما يمنع في الشعر .

وأما تصفيفُ الشعرِ وتجعيدهُ بغير دهن ^(٦) ، ففيه ترددٌ . وأما الاكتحال ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا بأس بالإثمد ^(٧) » فاتفقوا على أنه أراد به العرييات ؛ فإنهن إلى السواد أميلُ ؛ فلا يزنيهن الإثمد . أما البيضاء ^(٨) فلا يجوز ذلك لها ^(٩) إلا لعللة الرمد ، وعليها أن تكتحل ليلاً وتمسح نهارًا ، هكذا أمر رسولُ الله ﷺ أم سلمة (رضي الله عنها) ^(٩) إلا أن تحتاج إلى ذلك نهارًا أيضًا فيجوز ، وعليها ملازمةُ المسكن إلا لحاجة .

(١) في (أ) ، (ب) : « وأما » .
(٢) الأكهب الكدر : هو المائل إلى الغبرة ، المُشْرَب سوادًا . انظر : القاموس المحيط ص (١٧٠) . روضة الطالبين (٤٠٦/٨) .

(٣) في (ب) : « بعد النسج أو قبله » . (٤) في (ب) : « بعد النسج » .

(٥) في (ب) : « وأما الطَّيِّب » . (٦) في (ب) : « بغير الدهن » .

(٧) الإثمد : هو الكحل نفسه ، أو حَجَرٌ يتخذ منه الكحل . انظر اللسان (٥٠٣/١) مادة (ث م د) . وقول الشافعي (رحمه الله) : « لا بأس بالإثمد » لم أجده هكذا مطلقا ، بل فيه تفصيل . قال (رحمه الله) : « وكل كحل - كان زينة - فلا خير فيه لها ، مثل الإثمد وغيره مما يحسن موقعه في عينها . فأما الكحل الفارسي - وما أشبهه - فلا بأس ؛ لأنه ليس فيه زينة ، بل هو يزيد العين مرها وقبحا » . انظر الأم (٣٢١/٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فلا يجوز لها ذلك » .

(٩) الحديث رواه أبو داود (٧٢٧/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٤٦) باب « فيما تجنبه المعتدة في عدتها » حديث (٢٣٠٥) وفيه عن أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : دخل علي رسولُ الله ﷺ حين توفِّي أبو سلمة ، وقد جعلتُ =

ولو تركت جميع ذلك ، عَصَتْ رُبُّهَا وانقضت عدتها .

= على عيني صَبْرًا ، فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت : إنما هو صَبْرٌ يا رسول الله فيه طيب ، قال : إنه يَشُبُّ الوجه فلا يجعله إلا بالليل ، وتَنَزَّعِيَّتَهُ بالنهار ... » الحديث . والصبر : عصارة شجرٍ مُرٍّ كما في القاموس ص (٥٤١) .
ورواه النسائي (٢٠٤/٦) . ورواه مالك في موطئه بلاغاً (٦٠٠/٢) . وفي إسناد الحديث أم حكيم بنت أسيد لا يُعرف حالها كما قال الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب (٦٢١/٢) . وقال ابن قيم الجوزية (رحمه الله) في هذا الحديث : « ذكر أبو عمر في « التمهيد » له طرقاً يشد بعضها بعضاً ، ويكفي احتجاج مالك به ، وأدخله أهل السنن في كتبهم ، واحتج به الأئمة ، وأقل درجاته أن يكون حسناً » . زاد المعاد (٧٠٣/٥) .

الباب الثاني

في الشكني

(وفيه أربعة فصول)

الفصل الأول

فِيمَنْ تَسْتَحِقُّ الشُّكْنَى

وتستحق المطلقّة المعتدة ، بآئنة كانت أو رجعية ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ ^(١) . ولا تستحق المعتدة عن وطء الشبهة ، ونكاح فاسد ، ولا المستولدة إذا عتقت ؛ لأن الآية وردت في النكاح . نعم هل تجب في عدة الوفاة ؟ قولان ^(٢) . وفي عدة بعد انفساخ ^(٣) النكاح طريقتان . منهم من قال : قولان ، ومنهم من قطع بأنها لا تستحق إن كان الفسخ منها بعينه ، أو عتقها ، أو كان منه ولكن بعينها ، أو ما يكون بسبب منها . أما ما ينفرد به الزوج - كبرّته وإسلامه - ففيه قولان ^(٤) . ومأخذ التردد : أن الآية وردت في فراق الطلاق ، وهذا تردد في أن فراق الموت والفسخ ، هل هو في معناه ^(٥) ؛ لأن إيجاب الشكني بعد البيونة كالخارج عن القياس .

وأما الصغيرة التي لا تحتمل الجماع ، ففي سُكْنَاهَا من الخلاف ما في نفقتها في صلب النكاح ^(٦) ، وكذلك الأمة إذا طلقت ، فإن قلنا : الزوج يستحق تعيين المسكن في صلب النكاح ^(٧) ، فعليها ملازمة المسكن بعد النكاح . وإن قلنا : إن السيد يبوئها ^(٨)

(١) الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٢) وفي الروضة (٤٠٨/٨) أنها تجب على الأظهر .

(٤) في (ب) : « فيه قولان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وفي عدة انفساخ » .

(٦) لا نفقة لها على الأظهر . الروضة (٦١/٩) .

(٥) في (ب) : « هل في معناه » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يبوئهما » .

(٧) في (ب) : « في النكاح » .

بيّنّا - وطلّقت في ذلك البيت - ^(١) فالظاهر : أنها لا يلزمها ^(١) ملازمة المسكن ؛ لأن العدة تلتفت على النكاح . وقيل : إنه يجب ذلك .

ثم إذا أوجبنا ملازمة المسكن ، ففي وجوب لزوم السكنى على الزوج [خلاف] ^(٢) يلتفت على النفقة في صلب النكاح ، فحيث كان يجب النفقة ، تجب السكنى بعد الطلاق .

أما الناشئة إذا طُلت في دوام النشوز ، قال القاضي : لا سكنى لها ؛ إذ ^(٣) لم يكن لها نفقة « وهذا فيه نظر / لأنها إن طلقها ^(٤) في مسكن النكاح ، فيجب عليها شرعاً ^(٥) ٢١٨/ب لزوم المسكن ، فإن أطاعت في ذلك فبالحرى أن تستحق السكنى .

(١) في (أ) : « فالظاهر أنه لا يلزمها » . وفي (ب) : « فالظاهر لا يلزمها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) : .

(٣) في الأصل : « إذا » . (٤) في (أ) ، (ب) : « لأنها إن طلقت » .

(٥) كلمة « شرعاً » ليست في (أ) ، (ب) .

الفصل الثاني

في أحوال المعتدة وهل يُباح لها مفارقة المسكن ؟ ^(١)

فنقول : يجب عليها لزوم المسكن حقاً لله تعالى ؛ فلا يسقط برضا الزوج ^(٢) ، وإنما يُباح الخروج بعذر ظاهر . والأعذار على ثلاث مراتب :

الأولى : ما يرجع إلى طلب الزيادة ، كزيارة وعمارة واستملاء مالٍ ، وتعجيل حج الإسلام ، ولا يجوز الخروج لمثل ذلك .

الثانية : ما ينتهي إلى حد الضرورة ، كوجوب الهجرة ^(٣) ، والتمكين من إقامة الحد ، أو خافت على زوجها أو مالها ؛ لأن الموضع غير حصين ، أو كانت تتأذى بأحمائها ، أو تؤذيهن ، وكل ذلك تسليطاً ^(٤) على الانتقال ؛ لأن هذه المهمات أقوى في الشرع من لزوم المسكن في العدة .

الثالثة : ما ينتهي إلى حد الحاجة ، كالخروج للطعام والشراب ، أو تدارك مال أُخبرَتْ بأنه أشرف على الضياع ، فذلك أيضاً رخصة في الخروج في حق من لا كافل لها ونحو ذلك ^(٥) وإن كان [هذا] ^(٦) العذر نادراً ، وكذلك حكم ملازمة المنزل في السفر إذا كانوا ^(٧) ينتجعون ويسافرون اعتياداً ، فلها المسافرة معهم . ومهما خرجت لحاجة ، فينبغي أن تخرج بالنهار ؛ لأن الليل مظنة الآفات .

(١) في (أ) : « الفصل الثاني : في أحوال المعتدة التي يُباح لها مفارقة المسكن » .

(٢) في (ب) : « برضاء الزوج » .

(٣) وذلك إذا لزمته العدة ، وهي في دار حرب ، فيلزمها أن تهاجر إلى دار الإسلام ، إلا أن تكون في موضع لا تخاف على نفسها ولا على دينها ، فلا تخرج حتى تعمد . الروضة (٤١٦/٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يسقط » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ويجوز ذلك » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في الأصل : « إذا كان » وهو صحيح أيضاً ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الفصل الثالث

فيما يجب على الزوج

وفيه مسائل :

الأولى : إذا كانت الدار مملوكة [للزوج] ^(١) لم يَجْزُ له إزعاجها ^(٢) ، ولا يجوز له مُدَاخِلَتُهَا ؛ لتحريم الخلوة إلا في موضعين :

(أحدهما) : أن تكون هي في حجرة مفردة بالمرافق وعليها باب . فإن لم يكن عليها باب ، أو كان ^(٣) مرافقها واحداً ، كالمطبخ والمُشْتَرَّاح في الدار ، لم تَجْزِ المداخلة ؛ لأن الثَّوَارِذَ على المرافق يُفْضِي إلى الخلوة ، وكذلك تحرم المداخلة وإن كانت الدار فَيَحَاءَ مهما لم تنفصل المرافق ولم يحجب الباب ^(٤) .

(الثاني) : أن يكون معها في الدار مَحْرَمٌ لها فلا خلوة ، وكذلك إن كان مع الرجل زوجةً أخرى ، أو جارية ^(٥) ، أو مَحْرَمٌ له . ولو كان معها أجنبيةً ، أو معتدة أخرى ، فهل يَمْنَعُ ذلك الخلوة ؟ فيه تردد ، مأخذه : أن النسوة المنفردات هل لهنَّ السفرُّ عند الأمن بغير مَحْرَمٍ ^(٦) ؟ . ولو استخلى رجلان بامرأة فهو مُحْرَمٌ ، وليس ذلك كاستخلاء رجلٍ بامرأتين ^(٧) ، والوجه أن يقال : إن كان ممن يحتشم ، أو يخاف من جانبه حكاية ما يجري من فجور - إن كان - فهو مانعٌ للخلوة وإلا فلا .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة مهمة .

(٢) أي لم يَجْزُ له إزعاجها وطردُها . يقال : أزعجه عن موضعه ، أي : أزاله عنه . انظر المصباح المنير (٣٨٦/١) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو كانت » .

(٤) كلمة : « الباب » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « وجارية » .

(٦) انظر روضة الطالبين (٩/٣) . الأم (٢٢٩/٥) .

(٧) لأنه يقال : إن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل .

فرع : لو أراد الزوج يَبِّع الدار - وعدَّتها بالحمل أو الأقراء - لم ينعقد ؛ لأن المنفعة مُستحقة لها ، وآخرُ المدة غيرُ معلوم ولو كانت من ذوات الأشهر فهو كبيع الدار المستأجرة ، إلا إذا كان يتوقع طرآن الحيض في الأشهر ، ففيه طريقان : منهم من لم ^(١) يلتفت إلى ذلك ؛ بناءً على الحال ، ومنهم مَنْ مَنَعَ البيع ؛ لتوقع ذلك .

فإن صححنا ، وطرأ الحيض ، كان كما لو اختلطت الثمار بالمبيع ، وقد ذكرناه في « البيع » .

المسألة الثانية : إذ كانت الدار مُستعارة ، فعليها الملازمة إلى أن يرجع المُعِير . فإن رجع ، فعَلَى الزوج أن يُسَلِّمَ إليها دارًا يليق بها ، ويذلل الأجرة إن لم يجد بعارية ، وكذلك إذا انتهت مدة الإجارة . فإن مست الحاجة إلى الأجرة - وأفلس الزوج - ضاربت الغرماء بأجرة ^(٢) ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ، وإن كانت من ذوات الأقراء - وعادتها مختلفة - ضاربت بالأقل . وإن كانت مستقيمة فمقدار العادة على الأصح . وفيه وجه ^(٣) : أنها بالأقل . وهو ضعيف ؛ لأن حِصَّتْها لا تُسَلِّمَ إليها ^(٤) ، وما يخصُّ الغرماء يُسَلِّمَ إليهم ؛ فالاحتياطُ لجانبها أَوْلَى ، وكذلك الحاملُ تُضارب لتمام تسعة أشهر ؛ فإن الزيادة على ذلك نادر ، لا يعتبر هذا إذا كان الزوج حاضراً ، فإن كان غائباً استقرض القاضي عليه . فإن استأجرت من مالها - بغير إذن القاضي - ففي رجوعها على الزوج خلافٌ . ولا خلاف في أنها لو كانت في دار مملوكة ، فلا تُباع لحقَّ الغرماء ؛ لأنها كالمرهونة فلا تُخْرَج منها بحال .

المسألة الثالثة : إذا أسكنها في النكاح مسكناً ضيقاً لا يليق بها ورضيت ، وطلقها ، فلها أن لا ترضى في العدة ، وتطلب مسكناً لائقاً بها ، وكذلك لو أسكنها داراً فيحاء ، فله أن يَنْقُلَهَا

(١) كلمة « لم » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « بالأجرة » .

(٣) كلمة (وجه) ساقطة من (ب) .

(٤) في الأصل : « لا نسلمها إليها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بعد الطلاق إلى موضع لائق بها، لكن قال القاضي : ينبغي أن يطلب لها أقرب مسكن يمكن إلى مسكن النكاح حتى لا يطول / ترددها في الخروج . وما ذكره لا يتعد أن يُستحب . ولا شك في ١/٢١٩ أنه ^(١) لا يُخرجها عن البلدة .

المسألة الرابعة : إن ألزمتا السكنى في عدة الوفاة ، فهي من التركة ، فإن لم يكن وتبرع به الوارث وأراد إسكانها ، كان لها ذلك . وإن قلنا : لا تستحق ، فلو رضي الوارث بملازمة مسكن النكاح ، فالظاهر : أنه يجب عليها ذلك مطلقاً ، وقيل : إن كانت مشغولةً بالرحم ، أو متوهمّة الشغل ، فله ذلك مطلقاً ^(٢) ؛ لأجل صيانة الماء . وإن لم تكن ممسوسةً فلا يلزمها ذلك ، بل يجب عليها ^(٣) ملازمة أي مسكن شاءت . ثم هذا التعيين للوارث ، وليس للسلطان ذلك .

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا شك أنه » .

(٢) كلمة (مطلقاً) ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بل عليها » .

الفصل الرابع في بيان مسكن النكاح

وفيه مسائل :

الأولى : إذا أذن لها في الانتقال إلى دار أخرى ، ثم طلقها قبل الانتقال ، لازمت المسكن الأول . وإن طلق بعد الانتقال لازمت المسكن الثاني . والعبرة في الانتقال بدئها ^(١) ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : العبرة بنقل الأمتعة .

وإن صادفها الطلاق في الطريق ، فثلاثة أوجه :

أحدها : ترجيح الأول ؛ استصحاباً ^(٢) .

والثاني : ترجيح الثاني ؛ لأنها انتقلت عن الأول ^(٣) .

والثالث : أنها تتخير بينهما ؛ للتعارض ، وكذا الكلام فيما إذا أذن لها في الانتقال إلى بلدة أخرى ، ففي جواز الانصراف خلاف .

الثانية : لو خرجت إلى سفر ياذنه ، فطلقها بعد مفارقة عمارة البلد ، فليس عليها الانصراف ^(٤) ؛ لأن إبطال أهبة سفرها إضرار . فإن فارقت المنزل دون البلد فوجهان :

أحدهما : يجب الانصراف ؛ لأنها بعد لم تنقطع عن الوطن ^(٥) .

والثاني : لا ؛ ^(٦) لأن ذلك إضرار بإبطال الأهبة ^(٦) .

(١) في (أ) ، (ب) : « بيدنها » .

(٢) أي ترجيح العودة إلى المسكن الأول .

(٣) في الأصل : « لأنها انتقلت إلى المسكن الأول » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثلث .

(٤) يعني ليس عليها الانصراف إلى المسكن الأول .

(٥) وهذا الوجه هو الراجح عند جمهور الشافعية ، أنه يلزمها العود إلى المسكن ؛ لأنها لم تشرع في السفر . انظر الروضة (٤١١/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك إبطال الأهبة » .

ولا خلاف في أن لها الانصراف .

ثم إذا مَضَتْ لوجهها ، فلها التوقف إلى إنجاز حاجتها ^(١) ، وعليها الرجوع لملازمة المسكن بقية مدة العدة إن كان يتوقع البلوغ . وإن ^(٢) لم تتوقع - ولكن بقي من العدة مدة تنقضي في الطريق - ففي وجوب الانصراف خلاف ، والظاهر : أنه لا يجب ولا فائدة فيه ^(٣) ، ولا يكلفها التقدم على الرفقة ؛ لأجل ذلك . وإن انقضت حاجتها قبل ثلاثة أيام ، جاز لها استكمال الثلاث ؛ لأنها مدة مُكثِّ المسافر شرعاً ^(٤) .

الثالثة : ما ذكرناه في سفر تجارة أو مُهِم . فإن كان سفر نزهة ، أو مالا مُهِم فيه - وقد أذن لها عشرة أيام مثلاً - فطلقها في أثناء المدة ، ^(٥) ففي جواز استيفاء المدة قولان ^(٥) ويجري القولان ^(٦) في وجوب الانصراف إن طلقها في الطريق ، وهكذا ^(٧) في المدة الزائدة على حاجة التجارة في سفر التجارة ؛ لأنه ليس فيه مُهِم ، ولكن انضم الإذن في أهبة ^(٨) السفر فاحتمل أن يقال : في المنع إضرار .

ولو أذن لها في الاعتكاف عشرة أيام - فطلقها قبل المدة - فإن قلنا : لو خرجت بمثل هذا العذر جاز البناء على الاعتكاف المنذور ^(٩) ، فعليها الخروج وإن كان الاعتكاف منذوراً ؛ لأنه لا ضرر ، وإنما هو مجرد إذن ، فهو كما لو أذن لها في المقام في دار أخرى عشرة أيام ، فطلاقها يُبطل ذلك الإذن . وإن قلنا : إن الاعتكاف يُبطل ، فيكون فيه

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى إنجاز حاجتها » . (٢) في (ب) : « فإن لم تتوقع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذ لا فائدة فيه » .

(٤) ونخالفه في الروضة فرجح أنها لا تمكث بعد انقضاء حاجتها على الأصح . الروضة (٤١١/٨) .

(٥) في (ب) : « ففي جواز الاستيفاء قولان » . وأظهر هذين القولين أن لها استيفاء المدة . الروضة (٤١١/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وكذا القولان » . (٧) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٨) في (أ) . (ب) : « إلى أهبة » .

(٩) يعني إذا نذرت اعتكافاً مدة ما ، فطلقها زوجها في أثناء وقائتها بهذا النذر ، فعليها الخروج إن قلنا : تكمل الأيام المنذورة بعد ذلك وتبني على ما مضى .

ضراؤ كما في أهبة السفر ^(١) .

ولا خلاف في أنها لو خرجت مع الزوج ، فطلقها في الطريق ، لزمها الانصراف ؛ لأنها خرجت بأهبة الزوج ، فلا تبطل عليها أهبتها . والخروج لغرض التجارة غير جائز ؛ لأنه طلب زيادة ، وإنما جاز [ذلك] ^(٢) في الدوام للضرار في فوات الأهبة .

الرابعة : إذا أذن لها في الإحرام ، وطلقها قبل الإحرام ، لم تحرم . وإن كان بعد الإحرام - وكان بعمره يمكن تأخيرها - ففي وجوب التأخير وجهان ، ولعل الأصح جواز الخروج ؛ لأن في مضايقة الإحرام ضراؤا ^(٣) .

الخامسة : منزل البدوية كمسكن البلدية ^(٤) ، لكن إن رحلوا ^(٥) بجملتهم فلها الرحيل . وإن رحل غير أهلها ، فعليها المقام . فإن رحل أهلها - وهي آمنة في المقام - ففيه وجهان ^(٦) ، وهو راجع إلى أن ضرر مفارقة الأهل ، هل يُعتبر ؟ .

ولو كانوا يرجعون على قُرب فعليها المقام ؛ إذ لا ضرر . ولو ارتحلت معهم ، فأرادت المقام بقرية في الطريق : جاز ؛ فإن ذلك أحسن من السفر ، بخلاف المأذونة في السفر ؛ فإن رجوعها إلى الوطن أولى من الإقامة في قرية .

السادسة : إذا صادفها الطلاق في دار أخرى / أو بلدة أخرى ، فقال : ارجعي ، ٢١٩ ب/ فقالت : طُلِّقْتُ بعد الإذن في الثُقلة ^(٧) ، فأنكر الزوج الإذن ، نُقِلَ عن الشافعي (رضي الله عنه) أن القولَ قوله . وهو القياس ، ولكن نُقِلَ أنه إن كان النزاع مع الورثة ،

(١) أي فلا تخرج - إن قلنا : يبطل الاعتكاف بالخروج - إلا بعد إكمال مدة الاعتكاف المنذورة .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وقطع بذلك الأكثر من الشافعية كما في الروضة (٤١٣/٨) .

(٤) يعني أن منزل « البدوية » - ويثها من الصوف والوبر والشعر - مثل منزل الحضرية (البلدية) - ويثها من الطين والأحجار وغيرها - .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ارتحلوا » .

(٦) وأصح هذين الوجهين أنها تتخير بين المقام والرحيل . انظر الروضة (٤١٣/٨) .

(٧) أي : الانتقال .

فالقول قولها ، وإلى الفرق ذهب أبو حنيفة (رحمه الله) وابن سريج ، وكأن كونها في غير مسكن النكاح ^(١) يشهد لها على الورثة لا على الزوج . ومن أصحابنا من جعل المسألتين على قول ^(٢) ، ومنهم من جعلها على حالين ، فنقول ^(٣) : إنما يجعل القول قوله إذا كان النزاع في أصل اللفظ ، وإن كان في معنى اللفظ - بأن قالت : أردت بالإذن الثقلة ، وقال : بل النزهة - فالظاهر : تصديقها ؛ فيقبل قولها ^(٤) .

(١) في (ب) : « الزوج » .

(٢) في (ب) : « على قولين » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فقال » .

(٤) والمذهب تصديق الزوج إذا اختلف الزوجان ، وتصديقها إذا اختلفت هي ووارث الزوج . انظر الروضة (٨ / ٤١٤) .

القسم الثالث من الكتاب

في الاستبراء بسبب ملك اليمين^(١)

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول

في قدر الاستبراء ، وشرطه ، وحكمه

أما قدره : فهو قرء واحد ؛ لأنه نادى منادي رسول الله ﷺ بعد سَنِي أُوطاس^(٢) « ألا لا تُوطأ حاملٌ حتى تَضَع ، ولا حائِلٌ حتَّى تحيضَ »^(٣) .
وللمستبراء ثلاثة أحوال :

أحدها : أن تكون من ذوات الأقرء ، واستبراءها بقرء واحد وهو الحيض ؛ لقوله (عليه السلام) : « حتَّى تحيضَ » ؛ ولأنه إذا لم يُعتبر إلا قرء واحد ، فليُعتبر الحيض ؛ فإنه دليلٌ على البراءة ، هذا هو الجديد^(٤) ..

(١) الاستبراء : عبارة عن التريص الواجب بسبب ملك اليمين ، حدوداً أو زوالاً . وقد خُص بهذا الاسم ؛ لأن هذا التريص مُقَدَّر بأقل ما يدل على البراءة من غير تكرُّر . وخُص التريص الواجب بسبب النكاح باسم « العدة » اشتقاقاً من « العَدَد » ؛ لِمَا فيه من التعدد . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٢٣/١/٣) وما بعدها .

(٢) أُوطاس : وادٍ في بلاد « هوازن » وبه كانت غزوة النبي ﷺ هوازن ، يوم حنين . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٩/١/٣) .

(٣) حديث حسن : رواه أبو داود (٦١٥/٢) (١٢) كتاب « النكاح » (٤٤) باب « في وطء السبايا » حديث (٢١٤٨) . ورواه أحمد في مسنده (٦٢/٣) والحاكم في المستدرک (١٩٥/٢) ثلاثتهم من طرق عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) مرفوعاً ، وله شاهد من حديث رويغ بن ثابت الأنصاري مرفوعاً بلفظ : « لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يُشقي ماء زرع غيره ، ولا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ... » ورواه أيضاً الترمذي مختصراً (٤٣٧/٣) حديث (١١٣١) وحسنه . والحديث حسنه أيضاً الحافظ ابن حجر كما في التلخيص الحبير (١٨٢/١) .

(٤) انظر القول الجديد في مختصر المزني ص (٢٢٦) ، وانظر الروضة (٤٢٥/٨) .

وفيه وجه آخر ^(١) : أنه الطهر ؛ قياسا على العدة ؛ لأن التعبد غالب عليه ، ولذلك يجب مع يقين البراءة إذا استبرأها من امرأة أو صبي ^(٢) .

التفريع : إذا قضينا بأنه حيض ، فلا بُدُّ من حيض كامل ؛ فلا يكفي بقية حيض . وإن قلنا : إنه طهر ، فهل يكفي بقية الطهر ؟ فيه خلاف ؛ لأن العدة تشتمل على عدَد ، فجاز أن يُعَبَّرَ عن شيئين وبعضِ الثالث بثلاثة ، ولأنه يجري ^(٣) فيه الحيض مرات ، ولو صادف الملك آخرَ الحيض ، فانقضى طهرٌ كامل بعده ، كَفَى على هذا القول . وقيل : إنه لا بد من حيض كامل بعده ؛ لتحصل دلالة على البراءة في ملكه ^(٤) ، وهذا رجوع ^(٥) إلى القول الأول ، وشهادة تضعيف هذا القول ^(٦) .

الحالة الثانية : أن تكون من ذوات الأشهر ، وفيه قولان :

أحدهما : أنه يكفي شهرٌ واحد ^(٧) .

والثاني : أنه لا أقلَّ من ثلاثة أشهر ؛ لأنه أقلُّ مدة ضُربت شرعاً للدلالة على البراءة ، والأمور الطبيعية لا تختلف بالرق .

وأبو حنيفة (رحمه الله) يُوجب على المستولدة - إذا عتقت - ثلاثة أقراء ، أو ثلاثة أشهر ؛ نظرًا إلى حريتها في الحال ، ونحن نكتفي بقرء واحد ؛ نظرًا إلى جهة الملك ^(٨) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه قول آخر » .

(٢) أي يجب الاستبراء مع التيقن بأن الرحم غير مشغول بحمل ، وذلك إذا كانت الأمة مملوكة لامرأة ، أو لصبي لا يتأتى منه الوطء أصلاً .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه يجري » بدون الواو .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الملك » .

(٥) في الأصل : « وهذا الرجوع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وشهادة تضعف هذا القول » .

(٧) وهذا أظهر القولين عند جمهور الشافعية كما في الروضة (٤٢٦/٨) .

(٨) مذهب الشافعية : أن أم الولد إذا عتقت ، تربص شهرًا واحدًا إن كانت من ذوات الأشهر . وهذا مذهب

الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢١٨/٥) . المنهاج ص (١١٧) . المقنع ص (٢٦٣) . المبدع شرح المقنع (١٥٧/٨) . =

الحالة الثالثة : أن تكون حاملاً ، فعدتها بوضع الحمل وإن كان من الزنا ؛ لإطلاق رسول الله ﷺ قوله : « حتى تضع » . ومنهم من قال : لا تنقضي بالزنا كما في العدة ^(١) . وقيل : هذا يلتفت على أن المعتبر حيضٌ ، أم طهر ؟ فإن اعتبرنا الحيض - من حيث إنه دليل البراءة - فكذلك حمل الزنا دليل البراءة وإلا فلا .

أما حكمه : فهو تحريمٌ لوجوه الاستمتاع قبل تمامه ^(٢) إلا في المنسيّة ، ولأنه ^(٣) لا يحرم فيها إلا الوطء ؛ لأن المانع في الشراء تَوَقُّعُ ولِدٍ من البائع يمنع صحة الشراء ، وللدُّ الحريّ لا يَمْنَعُ جريانَ الرقِّ ، وإنما استبرأوها ؛ لصيانة ماء المالك عن الامتزاج بالحمل ، فيقتصر التحريم على الوطء . ومنهم من سَوَّى ، وحرم استمتاعَ المسبية - أيضاً - تَبَعًا .

أما شرطه : فإنه يقع بعد القَبْضِ ^(٤) ، ولزومُ الملك في مَظِنَّةِ الاستحلال ، فلو جرت حيضةٌ قبل قَبْضِ الجارية المشتراة ، ففيه خلافٌ ؛ لِضَعْفِ الملك . والظاهرُ : أنه يُجْزَى ؛ للزوم الملك . نعم ، لم يُعْتَدَّ ^(٥) بها في الموهوبة قبل القبض ، وفي الموصى بها قبل القبول ، فلا أثر للقبض في الوصية . وفي مدة الخيار لا يجزىء إذا قلنا : الملك للبائع . وإن قلنا : للمشتري ، فهو كما قبل القبض ؛ لضعفه ^(٦) .

ولو كانت مجوسيةً أو مرتدة ^(٧) فأسلمت بعد انقضاء الحيض ^(٨) ، فقد انقضى في الملك ^(٩) ولكن لا في مَظِنَّةِ الاستحلال ، ففيه وجهان ^(١٠) .

= **ومذهب الحنفية :** أنها تتربص ثلاثة أشهر . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : المبسوط (٥٤/٦) . الهداية (٢/٣٠٩) فتح القدير (٣٢١/٤) . القوانين (٢٤٥) . الشرح الصغير (٧٠٦/٢) .

(١) يعني أن الحرة إذا حملت من الزنا وطلقت ، فلا تنتهي عدتها بالوضع ، بل بالأفراء أو الأشهر حسب حالتها .

(٢) أي قبل تمام انقضاء الحيض . (٣) في (أ) ، (ب) : « فإنها » .

(٤) أي شرط الاستبراء أن يكون واقعا بعد قبض الجارية .

(٥) في (أ) : « نعم ، لا يعتد » .

(٦) والأصح أنه لا يحصل الاستبراء . انظر الروضة (٤٣٢/٨) .

(٧) في (ب) : « فأسلمت بعد الحيض » . (٨) أي انقضى الاستبراء .

(٩) وأصح الوجهين أنه يجب الاستبراء بعد الإسلام ، ولا يعتد بما جرى قبله . انظر الروضة (٤٣٣/٨) .

ومن خاصية الاستبراء ، أنه ليس من شرطه الامتناع عن الوطء ، بل لو وطئها انقضى الاستبراء وعصى بالوطء . فإن أحبلها ^(١) وهي حائض ، حلت في الحال ؛ إذ ما مضى كان حيضاً كاملاً وانقطع بالحيض ^(٢) ، فإن كانت طاهراً ^(٣) لم ينقض الاستبراء إلى وضع الحمل ^(٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو أحبلها » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وانقطع بالحمل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « طاهرة » .

(٤) قال الحموي : « قوله في الاستبراء : (إنه ليس من شرطه الامتناع عن الوطء ، بل لو وطئها انقضى الاستبراء وعصى بالوطء ، فلو أحبلها وهي حائض حلت في الحال ؛ إذ ما مضى كان حيضاً كاملاً فانقطع بالحمل ، وإن كانت طاهراً لم ينقض الاستبراء إلى وضع الحمل) .

قلت : حاصل ما ذكره أنه إذا وطئها انقضى الاستبراء مع العصيان ، ثم إنه جعل وطء الحائض موجباً للحل فينقض به الاستبراء ، ثم إنه قال : (وإن كانت طاهراً لم ينقض الاستبراء إلى وضع الحمل) وإذا كان كذلك كان مخالفاً لما ذكره أولاً ؛ فإنه لا فرق فيه بين الحيض والطمهر كما لا يخفى . فإنه قال : (بل لو وطئها انقضى الاستبراء) فجعل مجرد الوطء موجباً لانقضاء الاستبراء ، ففهم من هذه أنه لا ينقض الاستبراء في حق الطاهرة إلا بوضع الحمل ، وهذا كلام غير منتظم لما قررناه .

فإن قيل : فقد ذكر الشيخ في الوجيز ما يناقض هذا ، فإنه قال فيه : (لو وطئها لم ينقض الاستبراء وعصى إلا إذا وطئ الحائض فأحبلها ، فإنه ينقض الاستبراء بمجرد الوطء بدون وضع الحمل ، بخلاف ما إذا كانت طاهراً ... إلى آخره) وهذا يخالف ما ذكره في الوسيط ، فإنه قال فيه أولاً : (انقضى الاستبراء) وفي الوجيز قال : (لا ينقض الاستبراء) ، وهذا كلام ظاهر التناقض كما لا يخفى !!

قلت : ذكر الشيخ في البسيط أن العدة تنقضي ، وقال : ليس من شرطه صحة امتناعه عن الوطء ، ولو وطئ الحرة عصى ولكن تنقضي للاستبراء ، فعلى هذا يحمل قوله : (بل لو وطئها انقضى الاستبراء وعصى) أي ينقض الاستبراء على وجهه كما ذكره في البسيط ، وبه اندفع الإشكال ، ثم قال في البسيط : (لو أحبلها وكانت في حال الحيض حلت ؛ إذ ما مضى حيض كامل ، وإن انقطع بالحمل وكانت طاهراً انقضى بوضع الحمل) فعلى هذا لا تناقض بين الكتب الثلاث . مشكلات الوسيط (ق ١٦٣ / ب - ١٦٤ / ب) .

الفصل الثاني في سبب الاستبراء

وهو جُلْبُ ملكٍ ، أو زواله .

الأول : الجلب . فمن تجدد له ملكٌ على الجارية - هي محلٌ استحلاله - توقّف جلّها على الاستبراء بعد لزوم ملكه ^(١) بقرء ، سواء كان الملك عن / هبةٍ أو بيعٍ ^(٢) ، أو ٢٢٠/ وصيةٍ أو إرث ، أو فسخ أو إقالة . وسواء كانت صغيرةً أو كبيرةً ، أو حاملاً أو حائلاً . وسواء كان المالك [مِمَّنْ] ^(٣) يُتَصَوَّرُ منه شُغْلٌ ^(٤) أو لا يُتَصَوَّرُ ، كامراً أو مجبوبٍ أو صبيٍّ ^(٥) . وسواء كانت قد استبرأت قبل البيع أو لم تكن ^(٦) . وقال داود : لا يجب استبراء البكر ^(٧) . وقال مالك (رحمه الله) : الصغيرة التي لا تُوطأ ، لا تستبرأ ^(٨) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب إذا عادت بخيار رؤية ، أو ردّ بعيب ، أو رجوع في هبة ، أو إقالة قبل القبض . وأوجب في الإقالة بعد القبض .

وألحق أصحابنا - بزوال الملك - المكاتبَةَ إذا عجزت وعادت إلى الحِلِّ ؛ لأنها صائرة ^(٩) إلى حالة تستحق المهر على السيد ، ولذلك تحلّ أختُ المكاتبَةِ .

ولاخلاف في أن التحريم بالصوم والرهن لا يؤثر ^(١٠) . أما زوالُ إحرامها ^(١١)

(١) في الأصل : « بعد لزوم ملكٍ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن بيع أو هبة » . (٣) زيادة من (أ) .

(٤) أي اشتغال الرحم بالحمل بسبب الوطء .

(٥) من قوله : « كان المالك ... » إلى قوله « ... أو صبي » ساقط من (ب) .

(٦) انظر الوجيز (١٠٣/٢) . الروضة (٤٢٧/٨) .

(٧) انظر المحلى لابن حزم (٣١٥/١٠) . (٨) انظر الكافي لابن عبد البر ص (٣٠٠) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « صارت » . (١٠) أي تحلّ بانتفاء الصوم والرهن بغير استبراء .

(١١) المذهب - وبه قطع الجمهور - أنه لا استبراء عليه بانتفاء الإحرام ؛ إذ هو كما لو صامت ثم أفطرت . انظر الروضة (٤٢٨/٨) .

وإسلامها بعد الردة ^(١) ، وطلاق زوجها ^(٢) إياها : ففيه خلاف ؛ لتأكيد هذه الأسباب ^(٣) . وإيجاب ذلك في المَرْوَجَة أولى ؛ لأن الزوج قد استحقَّ منافعتها ، ثم يرجع الاستحقاق إليه . أما إذا اشترى منكوحته الرقيقة ، ففيه وجهان : أحدهما : أنه لا يجب ؛ لأن الحلَّ دائم من شخص واحد ^(٤) .

والثاني : يَجِب ؛ لِتَبَدُّلِ جهةِ الحلِّ .

ولو باع جاريته بشرط الخيار ، ثم رجعت إليه في مدة الخيار ، فإن قلنا : لم يُزَلْ ملكه ، فلا استبراء . وإن قلنا : زال الملكُ وحُرِّمَ الوطءُ ، لَزِمَ الاستبراء . وإن قلنا : زال الملكُ ولكن الوطء جائز ؛ لأنه فسخ ، فهذا هنا يحتمل أن يقال : الحلُّ مطرد ، والجهة متحدة - بخلاف شراء الزوجة - فلا استبراء . ويحتمل أن يُنظر إلى تجدد الملك ، وبه يُعَلَّلُ استبراء المنكوحه المشتراة .

فرع : لو اشترى مُخْرِمَةً ، أو معتدة ، أو مُزَوَّجَةً ، ففي وجوب استبرائها بعد انقضاء العدة ، أو بعد طلاق الزوج [من غير دخول] ^(٥) نصوصٌ مضطربةٌ للشافعي (رضي الله عنه) فقيل : فيه قولان :

أحدهما : أنه يجب ^(٦) ، وهو القياس . ولا يبعد أن يتأخر الاستبراء عن الملك إلى وقت الطلاق وزوال العدة .

(١) إذا أسلمت بعد الردة ، لزمه استبراؤها على الأصح ؛ لأنه زال ملك الاستمتاع بالردة ، ثم عاد بإسلامها . انظر : الروضة (٤٢٧/٨) .

(٢) يعني قبل الدخول . (٣) في (أ) ، (ب) : « لتأكيد هذه الأسباب » .

(٤) إذا اشترى زوجته الأمة فوجهان ، الأصح المنصوص : أنه يدوم حل وطئها ، ولا يجب الاستبراء ، لكن يستحب . أما عدم وجوبه ؛ فلأنه لم يتجدد حلٌّ ، ولأنه لا يؤدي إلى اختلاط ماء .

وأما استحبابه ، فلتمييز ولد النكاح عن ولد ملك اليمين ، فإنه في النكاح ينعد مملوكًا ، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد . وفي ملك اليمين ينعد حراً ، وتصير بسببه أم ولد . روضة الطالبين (٤٢٨/٨) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا أظهر القولين أنه يجب . انظر الروضة (٤٢٩/٨) والغاية (٨٥٧/٢) .

والثاني : أنه لا يجب ؛ لأن الموجب جلب الملك ولم تكن [إذ] ^(١) ذاك في مَظِنَّة الاستحلال ^(٢) ، فهو كسراء الأخت من الرضاع لا يوجب الاستبراء ، ولما حصل الحِلُّ ^(٣) لم يتجدد ملك حتى يجب به ^(٤) .

السبب الثاني . زوال الملك : فنقول : الجارية الموطوءة - مستولدة كانت ، أو لم تكن - فهي في حكم مُستفرشة . فإذا أعتقت بعد موت السيد أو بالإعتاق ، فعليها التريُّص بقرء واحد . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : أما المستولدة فتربص عند العتق ، ولكن بثلاثة أقرء ؛ نظراً إلى كمالها في الحال ^(٥) . ^(٦) وأما الأمة ، فلا تربص عليها ^(٦) ، وزاد فقال : « لو وطئها السيد ، وأراد في الحال تزويجها ، جاز من غير استبراء » ^(٧) . وهذا هجوم عظيم على خلط المياه . وعندنا : أن كل جارية موطوءة ، لا يحلُّ تزويجها إلا بعد الاستبراء ^(٨) . وكأن هذا الاستبراء من نتيجة حصول ملك الزوج ، فإن ملك السيد لم يزل ، إلا أنه يجب تقديمه على الملك ؛ لأن النكاح يقصد لحلِّ الوطء ، فلا يمكن عقده إلا بحيث يستعقب الحِلُّ . وأما المشتري فيشتري بعد الملك ؛ ^(٩) لأن الشراء بقصد الأغراض المالية ^(٩) فلا يقبل الحجر بسبب الوطء . نعم ، إن عزم على الشراء ^(١٠) قدّم الاستبراء عليه .

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « ولما حصل الملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الخلاف يرجع إلى أن الموجب للاستبراء ، هل هو حدوث ملك الرقة مع فراغ محل الاستمتاع ؟ أم الموجب حدوث حل الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين ؟ . انظر الروضة (٣٢٩/٨) .

(٥) سبق تفصيل هذه المسألة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « والأمة لا تربص عليها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وأراد في الحال تزويجها من غير استبراء : جاز » .

(٨) مذهب الشافعية : أن كل جارية موطوءة ، لا يحلُّ تزويجها إلا بعد الاستبراء . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : الروضة (٤٣٣/٨) . القوانين الفقهية ص (٢٤٥) . المقنع ص (٢٦٢) .

ومذهب الحنفية : أن من أعتق أمته - وقد كان يمسه - لم يكن عليها عدة منه ، ولها أن تتزوج ساعته .

انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٨) .

(٩) في (ب) : « لأن الشراء يقصد لأغراض مالية » . (١٠) في (أ) ، (ب) : « التسري » .

فروع

الأول : لو اشترى المستفرشة المستبرأة ، تسلط على التزويج ، وأعتق قبل التزويج [أو باع وأراد المشتري التزويج] ^(١) أو أعتق المشتري قبل الوطء - فأراد التزويج - ففي جواز ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : وهو الظاهر ^(٢) أنه يجوز ؛ إذ كان يجوز قبل زوال الملك ، فطرأ العتق أو الشراء لم يحرم تزويجا ^(٣) كان ذلك جائزا ^(٤) .

والثاني : أنه لا يجوز ؛ لأن زوال ملك الفراش سبب يوجب عدة الاستبراء ، وقد طرأ ؛ فامتنع بهذا الطارئ حتى يزول .

والثالث : أن ذلك يُمنع في المستولدة دون الرقيقة ؛ لأنها بالمستفرشة أشبه .

والثاني : المستولدة المزوجة إذا طلقها زوجها ، واعتدت فأعتقها السيد وأراد تزويجها قبل الوطء ^(٤) ، فهل له ذلك ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ إذ كان يجوز قبل العتق .

والثاني : لا ؛ لأن عتقها هو زوال ملك الفراش ، وقد صارت مستفرشة له بانقضاء عدتها وإن لم يطأها ؛ إذ عادت إلى فراشه .

أما إذا قال : أنت حرة مع آخر العدة ، فها هنا لم ترجع إلى فراشه ، فمنهم من قطع بجواز التزويج . ومنهم من طرد القولين ، وجعل مجرد زوال الملك عن المستولدة سببا للعدة .

الثالث : إذا أعتق المستولدة المزوجة - وهي في صلب النكاح أو عدته - فالظاهر :

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « وهو ظاهر » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كان جائزا » . (٤) في (أ) ، (ب) : « قبل الاستبراء » .

أن الاستبراء لا يجب ؛ لأنه ليس الزائل فراشا [له] ^(١) ، بل هي فراش للزوج ، وفيه قول آخر : أنه يجب ؛ لزوال ملك السيد ، وقد كانت مستفرشة / من قبل . فإن أوجبنا في العدة ، فلا ٢٢٠/ب يخفى أنهما لا يتداخلان . ويبقى النظر في التقديم والتأخير كما سبق ^(٢) .

الرابع : إذا اعتق مستولده ، وأراد أن ينكحها في مدة الاستبراء ، ففي جوازه خلاف ، والأظهر جوازه ؛ كما لو وطئها بالشبهة وأراد أن ينكحها ^(٣) . والثاني : المنع ؛ لأن زوال الملك أوجب تعبدًا بالاستبراء ، ولذلك مُنِعَ من التزويج من الغير على وجه ، مع أنه كان جائزًا قبل العتق .

الخامس : المستولدة المزوجة إذا مات زوجها وسيدها جميعًا ، فإن مات السيد أولاً فعليها عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشر . فإن مات الزوج أولاً ، فعليها نصف ذلك . وإن اشتبه فعليها الأخذ بالأحوط ، وذلك ظاهر إذا فرعنا على الصحيح في أنه ليس عليها استبراء للسيد . وإن أوجبنا - فَبَعْدَ مُضِيِّ عِدَّةِ الْوَفَاةِ - لا بد من شهر آخر إلا إذا كانت من ذوات الأقراء ^(٤) فتكفيها حيضة وإن جرت ^(٥) في مدة العدة ؛ [لأن المقصود وجود صورة الحيض بعد موت السيد ، وقد حصل] ^(٥) . وإن لم تَجِرْ ، فلا بد منها بعد العدة .

وإن ماتا معًا فلا استبراء ؛ لأنها ما عادت إلى فراشه . والظاهر : أن عدتها شهران وشيء ، بخلاف ما لو تقدم موت السيد بلحظة على موت الزوج . وفيه وجه : أنها لو عتقت في أثناء العدة استكملت عدة الحرائر ، فإذا أعتقت ^(٦) مع موته ، فهو أولى بذلك .

(١) زيادة من (ب) . (٢) قوله : « كما سبق » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٤٣٥/٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فعليها حيضة واحدة إن جرت » .

(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) . (٦) في الأصل : « فإذا أعتقت » وهو خطأ .

قاعدة

يجوز اعتماد قولها : « إني حضت » ؛ ^(١) فلا سبيل ^(٢) إلى تحليفها ؛ إذ لا يرتبط بنكولها حكم ؛ فإن السيد لا يقرر على الحلف ، ولا اطلاع له على حيضها .

ولو امتنعت عن غشيانها ، ورفعت إلى القاضي ، فقال : قد أخبرتني بالحيض ، فالأوجه تصديق السيد وتسليطه ^(٣) ؛ إذ لولا ذلك لوجب الحيلولة بينهما كما في وطء الشبهة ، فلاستبراء باب من التقوى فيفوض إلى السيد . وذكر القاضي أنه لا يعد أن يكون لها ^(٤) المخاصمة والدعوى ، حتى إن الجارية الموروثة ، لو ادعت أن المورث وطئها وطئا مُحَرَّمًا على الوارث ^(٥) ، فللوارث أن لا يُصَدِّقَهَا ، وهل لها تحليفه ؟ فيه خلاف ^(٥) ، فكَذَلِكَ هذا ، ويتأيد بوجه دُكِرَ : أن لها الامتناع عن وقاع السيد الأبرص ، فيشعر بأنها صاحبة حق على الجملة .

(٢) أي لا يُحَال بينه وبينها .

(١) في (أ) : « إذ لا سبيل » .

(٣) في (ب) : « له » وهو خطأ .

(٤) أي حرمت عليه بوطء المورث .

(٥) والراجع أن لها التحليف . انظر الروضة (٤٣٧/٨) .

الفصل الثالث

فيما تصير به الأمة فراشا

فنقول : قال رسول الله ﷺ : « الولد للفراش » ^(١) . فإذا استبرأ جارية ، فأتت بولد قبل أن يطأها ، فلا يلحق [به] ^(٢) ؛ إذ لا فراش . وتصير فراشا بالوطء . وإنما يلحقه الولد إذا استلحقه ، أو أتت به لزمان ^(٣) يحتمل أن يكون منه ^(٤) بعد الوطء . ويثبت الفراش بأن يُقَرَّ بوطء عَرِيٍّ عن دعوى الاستبراء والعزل .

والصحيح : أن دعوى العزل لا تنفي الولد ؛ لأن الماء سَبَّاق لا يدخل تحت الاختيار . والصحيح أن اعترافه بالوطء في غير المأتى لا يلحق الولد به . أما إذا قال : وطئت واستبرأتها بعده بحيض ^(٤) ، فالمذهب : أنه ينتفي عنه الولد بغير لعان ؛ لأن فراش الأمة

(١) صح هذا الحديث من طريق عائشة وأبي هريرة وعمرو بن خارجة وأبي أمامة الباهلي (رضي الله عنهم) :

حديث عائشة : رواه البخاري في صحيحه (١٣٠/١٢) كما في الفتح (٨٦) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « للعاهر الحجر » حديث (٦٨١٧) . ورواه مسلم في صحيحه (١٠٨٠/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٠) باب « الولد للفراش وتوقي الشبهات » حديث (١٤٥٧) . ورواه أبو داود (٧٠٣/٢) حديث (٢٢٧٣) . والنسائي (٦/١٨١) . وابن ماجه (٦٤٦/١) حديث (٢٠٠٤) جميعهم من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عروة بن الزبير عن عائشة مرفوعاً .

حديث أبي هريرة : رواه البخاري (٣٣/١٢) (٨٥) كتاب « الفرائض » (١٨) باب « الولد للفراش ، حرة كانت أو أمة » حديث (٦٧٥٠) . ورواه الترمذي في سننه (٤٦٢/٣) حديث (١١٥٧) . وابن ماجه (٦٤٦/١) حديث (٢٠٠٦) من طرق عن أبي هريرة مرفوعاً .

حديث عمرو بن خارجة : رواه الترمذي (٣٧٧/٤) (٣١) كتاب « الوصايا » (٥) باب « ما جاء في لا وصية لوارث » حديث (٢١٢١) .

حديث أبي أمامة : رواه ابن ماجه (٦٤٧/١) (٩) كتاب « النكاح » (٥٩) باب « الولد للفراش » حديث (٢٠٠٧) (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يمكن أن يكون منه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وطقتها واستبرأتها بعده بحيضة » .

ضعيف . ومنهم من قال : لا ينتفي إلا باللعان .

فإن فرعنا على المذهب ، فأنكرت ، فالقول قوله ، فكأننا نقول : لم يُقَرَّ إقراراً مُلِحَقًا ، وإن كانت هي المؤتمنة في رحمها .

ولو ادَّعَتْ أُمِّيَّةُ الولد ، فلها تحليفه ، ثم فيه وجهان ^(١) .

أحدهما : يحلف أنها حاضت بعد الوطء ، وما وطئها بعد الحيض .

والثاني : أنه يُضيف إلى ذلك : أن الولد ليس مِنِّي حتى ينتفي .

ولو أتت بعد الوطء - لأكثر من أربع سنين - فمقتضى قولنا ^(٢) : إنها صارت فراشاً ، أنه يلحقه . فإن قلنا : إنه ينتفي بدعوى الاستبراء ، فهذا أظهر . وإن قلنا : لا ينتفي ، فهذا فيه ترددٌ . وعلى الجملة ، هذا بالنفي أولى من الاستبراء . ويُقَرَّب من هذا ، أنها لو أتت بولد ^(٣) ، ثم أتت بولد آخر لأكثر من ستة أشهر من الولد الأول ، فإنه وُلِدَ بعد الاستبراء بالولد الأول ^(٤) . فمنهم من قال : يلحق ؛ إذ صارت فراشاً . ومنهم من قال : لا ^(٥) ؛ إذ ليس يثبت لها عند الشافعي (رضى الله عنه) حُكْمُ المستفرشة . وعلى هذا يلتفت أن المستفرشة إذا طلقها زوجها ، هل تعود فراشاً بمجرد الطلاق حتى يجب الاستبراء بعقتها قبل الوطء ؟ فإن قلنا : تعود فراشاً ، لحقه الولد من غير إقرار جديد بالوطء ، لكن الأصح أنها لا تعود فراشاً .

فرع : إذا اشترى زوجته ، وأتت بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون في النكاح وفي ملك

(١) ذكر في الروضة وجهاً ثالثاً : أنه يكفي أن يحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء . الروضة (٨/٤٤٠) .

(٢) في الأصل : « فمقتضى قولها » والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) أي أتت بولد ولحق السيد .

(٤) ولو ولدته لأقل من ستة أشهر ، فهُمَا حَمْلٌ واحدٌ ، فإذا لحقه الأول لحقه الثاني . كذا في الروضة (٨/٤٤١) .

(٥) والأصح : أنه لا يلحقه الولد الثاني إلا أن يقر بوطء جديد ؛ لأن الفراش إذا كان يبطل بالاستبراء ، فبأن يبطل بالولادة أولى . انظر الروضة (٨/٤٤١) .

اليمين ، فيلحقه الولد ؛ إذ الأمة لا تنحط عن البائنة ، ولكن لا تصير أمٌ وليد له إذا لم يعترف بوطء في الملك . وفيه وجه : أنها تصير أمٌ وليد له ؛ لأنها وَلَدَتْ منه في ملكه ، وهو بعيد . نعم ، لو أقر بالوطء / واحتمل أن يكون من النكاح وملك اليمين ، فيحتمل ١/٢٢١ تردداً^(١) في أمية الولد^(٢) . ووجه إثباته أن يقال : ملك اليمين مع الإقرار [بالوطء]^(٣) يثبت فراشاً ناسخاً لفراش النكاح ، فيحال الولد على الناسخ . ويمكن أن يقال : ملك اليمين لا يقوى على نَسْخِ فراش النكاح ، ويُتَنى عليه ترددٌ في أنَّ زوج الأمة ، إذا طلقها قبل المسيس ، وأقر السيد بوطئها ، وأتت بولد لزمانٍ يحتمل أن يكون منهما ، فيحتمل أن يُلحق بالسيد ؛ لأن فراشه ناسخ ، ويُحتمل أن يُعرض على القائف .

(١) في الأصل « يحتمل تردداً » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح أنه تثبت أمية الولد . انظر الروضة (٤٤١/٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

كتاب الرضاع (٩)

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿... وَأَمْهَنُكُمُ اللَّيِّ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَانُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ﴾ (١) وقال النبي ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» (٢).
وفي الكتاب أربعة أبواب (٤):

(١) الرضاع: بفتح الراء، ويجوز كسرها وإثبات التاء معهما. وهو لغة: اسم لمص الثدي وشرب لبنه. وشرعاً: اسم لحصول لبن امرأة - أو ما حصل منه - في معدة طفل أو دماغه.

والرضاع يؤثر في تحريم النكاح وثبوت المحرمة - المفيدة لجواز النظر والخلوة - دون سائر أحكام النسب، كالميراث، ووجوب النفقة، وسقوط القصاص وغيرها.

ولما جعل الرضاع سبباً للتحريم؛ لأن جزء المرأة - وهو اللبن - صار جزءاً للرضيع باغتذائه به، فأشبهت مبيعتها في النسب. انظر: المصباح المنير (١/ ٣١٥). القاموس المحيط ص (٩٣٢) مادة (رضع)، روضة الطالبين (٣/ ٩) مغني المحتاج (٣/ ٤١٤).
(٢) من الآية (٢٣) من «سورة النساء».

(٣) رواه البخاري (٤٣/ ٩) (٦٧) كتاب «النكاح» (٢٠) باب ﴿وَأَمْهَنُكُمُ اللَّيِّ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ و«يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب» حديث (٥٠٩٩). ورواه مسلم (١٠٦٨/ ٢) (١٧) كتاب «الرضاع» (١) باب «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب» حديث (١٤٤٤) كلاهما بلفظ «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة». ورواه النسائي في سننه بلفظ الذي أورده الإمام الغزالي (٩٩/ ٦) كتاب «النكاح» باب «ما يحرم من الرضاع».

(٤) في (أ): «وفي الكتاب أبواب».

الباب الأول

في « أركان الرضاع وشرائطه »

أما الأركان فثلاثة : المُرَضِّعُ ، واللبنُ ، والمُرَضَّعُ .

أما المُرَضِّعُ : فهو كلُّ امرأةٍ حيَّةٍ تحتملُ الولادةَ . فاحترزنا « بالمرأة » عن البهيمة والرجل ؛ فلو ارتضع صغيران من بهيمة فلا أخوة بينهما ؛ لأنَّ الأخوة تتبع الأمومة ، وقال عطاءٌ : تثبُّتُ الأخوة^(١) . ولو درَّ لبنٌ من ثدي الرجل فلا أثر له ، وفيه وجه : أنَّه كلَّين المرأة . والصبيَّة بنتُ ثمان - إنْ درَّ لبنُها - فلا حكمَ له ، بل هو كلَّين الرجل . وفي لبن البكر وجهان^(٢) :

أحدهما : يُحرَّم ؛ لأنها في محلِّ الولادة وإن لم تَلِدْ قطعاً^(٣) .

والثاني : أنها كالرجل ؛ إذ اللبنُ فرعٌ للولد ، ولا ولدَ .

أمَّا لو أجهضتْ جنيناً فلبَّنها مؤثِّرٌ . وإذا درَّ لبنٌ لصبيَّة^(٤) بنتِ سنين ، وقلنا : « يُعتبر لبن البكر » : اغتُيِّرَ ذلك ؛ لاحتمال البلوغ . ثمَّ لا يُحكمُ بيلوغها بمجرد اللبن ولكن^(٥) كما يلحق الولدُ بابنِ تسعِ سنين ، ولا يحكمُ بيلوغه^(٦) .

(١) لم أعثر عليه .

(٢) في (ب) : « وفي لبن الذكر » وهو خطأ عجيب .

(٣) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (٩ / ٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لبن الصبيَّة » . (٥) كلمة : « لكن » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « كما يلحق الولد بابن تسع سنين ولا يحكم بيلوغه » يعني إذا تزوج صغيراً ابنُ تسعِ سنين ، ثم ولدت امرأته لحقه الولدُ ما لم يُنفِ بلعان - عند بلوغه ؛ وذلك لاحتمال نزول المني منه ، ومع هذا فلا يحكم ظاهراً بيلوغه ، أما النسبُ فيثبت بالاحتمال . انظر الروضة (٨ / ٣٥٧) .

وقال الحموي : « قوله في الرضاع : (أمَّا لو أجهضتْ جنيناً، فلبَّنها مؤثِّرٌ، وإذا درَّ لبنُ الصبيَّة بنتِ تسعِ سنين وقلنا : يعتبر لبن البكر، اغتُيِّرَ ذلك ؛ لاحتمال البلوغ ، ثم لا يُحكمُ بيلوغها بمجرد اللبن ولكن كما يلحق الولد بابن تسع ، ولا يحكم بيلوغه) .

وأما المرأة الميتة إذا بقي في ضرعها لبنٌ، فلا يُؤثّر لبنُها^(١)؛ لأنها جثّة منفكة عن الحِلِّ والحزْمَةِ كالبهيمة، نعم لو حُلِبَ^(٢) في حياتها، وارتضع بعد الموت، كان مُحَرَّمًا على المذاهب، وفيه وجه: أنه لا يُحَرِّم؛ لأنّ الميت لا يحتمل ابتداء الأمومة.

الركن الثاني: اللبن. والمعتبر عندنا وصولُ عَيْتِه إلى الجوف، وإن لم يَتَّقِ اسمُه، حتى لو اتَّخَذَ منه جَبْنٌ أو أَقِطٌ أو مُخَضٌّ منه زَبْدٌ^(٣)، فأكله الصبي: حَرَّم، فلم يَتَّبِعِ الشافعي (رضي الله عنه) اسمَ اللبن، وإن اتبع اسمَ الإرضاعِ وَعَوَّلَ على الخبر فيه.

ولو اختلط بمائع - وهو غالب - حَرَّم. وإن كان مغلوبًا بحيث لا يظهر له لونٌ وطعمٌ، فإن

= ما ذكره الشيخ في الثالث من جوامع اللعان في الفصل الأول فيمن يلحقه النسب وهو كل من يمكن أن يُولَدَ له ولدٌ، والنظر في الصبي والمجنون والحَصِيّ، أما الصبي: فإمكانُ العلوق عنه فبعد إكمال السنة العاشرة فيلحقه كما لو أتت به زوجته لستة أشهر بعد السنة العاشرة، وقيل: يمكن العلوق في أثناء العاشرة ويلحقه الولد بعد العاشرة، ومهما أتت قبل الإمكان لم تفتقر إلى اللعان. فإذا ثبت هذا كان ما ذكر مخالفًا له؛ فإنه لا يتأتى حصول ذلك الخلاف المذكور في تسع سنين مثل ما ذكره أولاً، وهو إشكال ظاهر.

الثاني: أنه قال: (ولا يحكم ببلوغه) ولا خلاف أنّا نحكم ببلوغه ويلحقه الولد بشرط استكمال عشر سنين على الخلاف المذكور، لأنّا نتبين بحصول العلوق وجود الإنزال.

قلت: المنقول في هذا أن قوله: (تسع سنين) غلطٌ من الناقل أو الكاتب؛ فإنه لا يتصور فيه ذلك لما ذكرناه، وإنما الصحيح «في عشر سنين» ويكون على قول العلوق في أثناء العاشرة، هذا الذي قيل فيه.

قلت: ولا يبعد اتجاؤه ذلك على قول من قال في الحيض: إنه يُتَصَوَّرُ وقوعه في السنة التاسعة، يعني أواخرها. وإذا كان كذلك أمكن وقوعه فيها وإن كان على بُعد.

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر، ومراد الشيخ بذلك أن لا يُحَكِّمَ ببلوغه بالحمل، وإنما يستدل به على البلوغ قبيل العلوق؛ فإنه لا يتصور علوقٌ من غير إنزال، فعلى هذا يكون البلوغ حاصلاً بالإنزال لا بالحمل. وقيل: إنما كان كذلك؛ احتياطاً للنسب بخلاف اللبن في الرضاع، وهو بعيد «مشكلات الوسيط» (ق ١٦٤/ب - ١٦٥/ب).

(١) في (أ): «فلا يؤثّر» بدون كلمة «لبنها»؟ (٢) في (أ): «لو حَلَبَتْ».

(٣) أي اشترج منه زبدٌ. انظر المصباح المنير (٢ / ٨٧٢) مادة (م خ ض).

اختلط بما دون القلتين ، وشرب الصبي جميعه ^(١) ، ففيه قولان :

أحدهما : [أنه] ^(٢) لا يحرم ؛ لأنه قد انمحق .

والثاني : نعم ؛ لأن العين باقي فيه ، وقد وصل إلى الجوف . فعلى هذا لو شرب بعضه فوجهان :

أحدهما : يحرم ؛ لأنه مثبت في الجميع .

والثاني : لا ، فلعله في الباقي . والوجه القطع بأنه يُعتبر يقين الإثبات . فإن شك ، فالأصل عدم التحريم .

أما إذا اختلط بقلتين ، فالترتيب على العكس ، وهو أنه إن شرب بعضه لم يحرم ، وإن شرب كله فقولان مُرتبان على ما دون القلتين ، وأولى بأن لا يؤثر .

ثم لم نعتبر القلتين في سائر المائعات ، بل في الماء خاصة ، واعتباره بعيد .

وقال الشيخ أبو حامد : المغلوب ، يُغنى به الذي لا يؤثر في التغذية ، لا الذي لا يؤثر في اللون ^(٣) .

الركن الثالث : المحل . وهو جوف الصبي الحي ؛ فلا يؤثر الإيصال إلى جوف الميت ، ولا إلى جوف الكبير . ونغني بالجوف : المعدة ، ومحل التغذية ؛ لأن الرضاع ما أنبت اللحم وأنشَرَ ^(٤) العظم ^(٥) . فلو وصل إلى جوف لا يُغذي ، كالمثانة والإحليل ، فحيث لا يفطر لا يؤثر ، وحيث

(١) في (أ) ، (ب) : « وشرب جميعه » بدون كلمة « الصبي » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة (٥٩) : « والصحيح - الذي قطع به الأكثرون - أن الاعتبار بصفات اللبن : الطعم ، واللون ، والرائحة ، فإن ظهر منها شيء في المخلوط ، فاللبن غالب ، وإلا فمغلوب » .

(٤) أنشَر العظم : أي زاد في حجمه وارتفاعه . ويروى : أنشَر العظم ، ومعناه : شدَّ العظم وقواه . والإنشَار بمعنى الإحياء كما في قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ إِذَا سَاءَ أَنْشَرَهُ ﴾ [عبس : ٢٢] . انظر حاشية أبي داود (٥٤٩/٢) طلبة الطلبة (١٠٥) .

(٥) وهو حديث رواه أبو داود في سننه (٥٤٩/٢) (٦) كتاب « النكاح » (٩) باب « في رضاع الكبير » حديث (٢٠٥٩) ، (٢٠٦٠) عن ابن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعاً بلفظ « لا رضاع إلا ما أنشَر العظم وأنبت اللحم » ورواه الإمام أحمد في مسنده (٤٣٢/١) برقم (٤١١٤) ولفظه « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشَر العظم » ورواه البيهقي في سننه (٤٦١/٧) .

يحصل الإفطار ، ففي تحريم الرضاع قولان . وفي السعوط طريقتان ^(١) ، منهم من طرد القولين ، ومنهم من قطع بالحصول ؛ لأن الدماغ له مَجْرَى إلى المعدة ، فينتهي إليها بخلاف الحقنة .

أما الشرط فهو اثنان :

الأول : الوقت ، فلا أثر للرضاع بعد الحولين عند الشافعي (رضي الله عنه) لقوله ﷺ : « لا رضاع إلا في الحولين » ^(٢) ولقوله تعالى : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةُ ﴾ ^(٣) ولا حكم لما بعد التمام ^(٤) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « ثلاثون شهراً » ^(٥) ، وقال ابن أبي ليلى :

(١) السعوط : ما صُبَّ في الأنف حتى يصل إلى الدماغ . ويقال : أسعطه الدواء : أدخله في أنفه ، فاستعط . انظر : طلبه الطلبة (١٠٥) . المصباح المنير (٤٢٣/١) . القاموس المحيط ص (٨٦٥) . المطلع على أبواب المقنع ص (١٤٧)

والمذهب أنه يثبت التحريم إذا صُبَّ في أنفه اللبن فوصل دماغه . الروضة (٦/٩) .

(٢) صحيح موقوفاً : رواه الدارقطني في سننه (١٧٤/٤) عن ابن عباس ، والبيهقي في سننه الكبرى (٤٦٢/٧) ورجح الموقوف . ورواه مالك في موطنه موقوفاً أيضاً (٤٦٢/٢) بلفظ « ما كان في الحولين - وإن كان مَضَّة - فهو يُحْرَم » .

ويشهد لمعناه ما رواه البخاري في صحيحه (٥٠/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢١) باب من قال : « لا رضاع بعد حولين » حديث (٥١٠٢) بإسناده عن عائشة مرفوعاً بلفظ « إنما الرضاعة من الجماعة » . ومعناه كما قال الحافظ ابن حجر : أن الرضاعة التي تثبت بها الحرمة وتحلُّ بها الخلوة ، هي حيث يكون الرضيع طفلاً فلا يشدُّ اللبن جوعته ؛ لأن معدته ضعيفة يكفيها اللبن ، ويثبت بذلك لحمه ، فيصير كجزء من المرضعة ... فكأنه قال : « لا رضاعة معتبرة إلا المغنية عن الجماعة أو المطعمة من الجماعة » قال الحافظ : ومن شواهد حديث ابن مسعود : « لا رضاع إلا ما شد العظم وأثبت اللحم » وحديث أم سلمة : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فثق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام » . فتح الباري (٥٢/٩) . وانظر نصب الراية (٢١٨/٣) وما بعدها . قلت : وحديث أم سلمة الذي أورده الحافظ ابن حجر رواه الترمذي في سننه (٤٥٨/٣) (١٠) كتاب « الرضاع » (٥) باب « ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين » . حديث (١١٥٢) . وقال : هذا حديث حسن صحيح .

(٣) من الآية (٢٣٣) من سورة « البقرة » . (٤) أي لا حكم للرضاع بعد تمام الحولين .

(٥) مذهب الشافعية : أنه لا أثر للرضاع بعد الحولين . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الوجيز (١٠٥/٢) . الروضة (٧/٩) . المنهاج (١١٧) . الكافي ص (٢٤٢) . الشرح الكبير (٥٠٣/٢) . الشرح الصغير (٧٢٠/٢) . الخرشني على مختصر خليل (١٧٨/٤) . المبدع (١٦٥/٨) . منار السبيل (٢٩٢/٢) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن أثر الرضاع يكون إلى ثلاثين شهراً . وخالفه صاحبه أبو يوسف =

« ثلاث سنين »^(١)، وقال داود : « أبداً »^(٢) وبه قالت عائشة (رضي الله عنها)^(٣) واستدلّت / ٢٢١ ب / بأن سهلة بنت سهيل قالت : كُنَّا نرى سالمًا ولدًا ، وكان يدخل علينا ، فقال النبي ﷺ : « أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ » ففعلت ، وكان كبيرًا ، وأبى سائر الصحابة ذلك ، وقالوا : « كان ذلك رخصة لسالم »^(٤) .

فرع : لو شككنا في وقوع الرضاع في الحولين ، فيقرب من تقابل الأصلين ؛ إذ الأصل بقاء الحولين ، والأصل عدم التحريم ، والأظهر أنه لا يحرم ؛ فإنه الأصل ، كالماسح إذا شك في انقضاء مدة المسح^(٥) ، قلنا : الأصل وجوب الغسل لا بقاء المدة .

الشرط الثاني : العَدَد . فلا يُحْرَمُ إلا خمسُ رضعات ؛ لقول عائشة (رضي الله عنها) : « أَنْزَلْتُ (عَشْرَ رَضَعَاتٍ مُحْرَمَاتٍ) فَتَسَخَّنَ بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ »^(٦) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يحرم برضعة »^(٧) ، وقال أبو ثور وابن أبي ليلى : « يحصل بثلاث رضعات » .

= ومحمد ، فقالا : ستان . وقال زفر : ثلاث سنين . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٢٠) . المبسوط (١٣٦/٥) . الاختيار (١١٨/٣) . فتح القدير (٤٤١/٣) .

(١) لم أعثر عليه . (٢) انظر المحلى (١٧، ٩/١٠) .

(٣) رواه عبد الرزاق بإسناده في مصنفه (٤٥٩/٧) برقم (١٣٨٨٥) .

(٤) الحديث رواه البخاري في صحيحه مختصراً كما في الفتح (٣٤/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٥) (٢/١٠٧٦) (٧) كتاب « الرضاع » (٧) باب « رضاعة الكبير » حديث (١٤٥٣) . وأبو داود (٥٤٩/٢) حديث (٢٠٦١) . والنسائي (١٠٤/٦) . وابن ماجه (٦٢٥/١) حديث (١٩٤٣) . (٥) يعني في المسح على الخفين .

(٦) الحديث رواه مسلم في صحيحه (١٠٧٥/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (٦) باب « التحريم بخمس رضعات » حديث (١٤٥٢) بإسناده عن عائشة قالت : كان فيما أنزل من القرآن : عشرُ رضعاتٍ معلوماتٍ يُحْرَمْنَ . ثم تُسَخَّنُ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ ... ورواه أبو داود (٥٥١/٢) حديث (٢٠٦٢) والترمذي (٤٥٦/٣) . والنسائي (٦/١١٠) . وابن ماجه (٦٢٥/١) حديث (١٩٤٢) .

(٧) مذهب الشافعية : أنه لا يُحْرَمُ إلا خمسُ رضعات . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الوجيز (١٠٥/٢) . الروضة (٧/٩) . المنهاج ص (١١٧) . المغني لابن قدامة (٥٣٦/٧) . زاد المستقنع ص (١١٧) . المبدع (١٦٦/٨) = منار السبيل (٢٩٣/٢) .

ثم النظر في أمرين :

أحدهما : في التعدد . وإنما يتعدّد بتخلّل فصلٍ بين الرضعتين ، ويُتبع فيه العرفُ كموجب اليمين . ولا ينقطع التواصل بأن يلفظ الصبي الثدي ، ويُلهو لحظةً ، ولا بأن يتحول من ثدي إلى ثدي ؛ لأنّ ذلك إتمام رضعة واحدة ، وإنما ينقطع بالإضراب ساعةً ، والعرفُ هو المحكّم ، وعند الشكّ الأصل نفّي التحريم .

أما إذا حَلَبَ ^(١) اللبنَ دفعةً واحدةً ، وشربه الصبي في خمسِ رضعات - فقولان ^(٢) . الأصح حصول العدد ؛ نظرًا إلى تقطّع الوصول .

والثاني : أنه ينظر إلى اتحاد الحصول والانفصال .

وإن حَلَبَ ^(٣) خمس دفعات ، وتناوله الصبي من إناء واحد دفعةً واحدة ^(٤) ، فهو رضعةٌ ، فإن تناوله بدفعات فطريقان :

منهم من قطع بالعدد ؛ لتعدد الطرفين ^(٥) .

ومنهم من قال : اللبنُ في حكم المتحدّ لما اختلط .

الأمر الثاني ^(٦) : أن يتعدّد المرضعُ ويتّحدّ الفحل . كالرجل له خمسُ مستولداتٍ ، أو أربع نسوةٍ ومستولدةٌ ، أرضعنَ بلبانه صغيرةً ، كلّ واحدةً مرةً ، لا تحصل الأمومة . وهل تحصلُ الأبوةُ للفحل ؟ فيه وجهان مشهوران :

= ومذهب أبي حنيفة : أن حكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره ولو رضعةً واحدة . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٢٠) . المبسوط (١٣٤/٥) . الاختيار (١١٧/٣) . الكافي ص (٢٤٢) . الخريزي على مختصر خليل (١٧٧/٤) . الشرح الصغير (٧٢٠/٢) .

(١) في (أ) ، (ب) : « حَلَبَ » .

(٢) وأظهر القولين أنها رضعةٌ واحدةٌ كما في الروضة (٩/٩) خلافاً لما قاله الغزالي (رحمه الله) .

(٣) في (ب) : « وإن حلبت » . (٤) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) والمذهب أنه يعد خمس رضعات ، وبه قطع الجمهور . كذا في الروضة (٩/٩) .

(٦) في (أ) : « النظر الثاني » .

أحدهما : أنه لا تحصل ؛ لأن الأمومة أصل ، والأبوة تبع .

والثاني : تحصل ؛ لأن الأبوة أيضًا أصل ، وقد حصل العدُد في حقّه ^(١) .

ولو كان بدلهن خمس بنات ، فوجهان مُرتبان ، وأولى بأن لا تحصل ^(٢) ؛ لأن اللبن ليس منه حتى نقول : كأنه الموضع وهن كالظروف لِلبنه ^(٣) ؛ لأن البنات كبنت واحدة من وجه ، والأخوات كالبَنات ، وإذا ثبتت الحرمة مع ابنتيه انجرت إليه .

ولو كنَّ مختلفات - كأم ، وأخت وبنت وجدة وزوجة - فالظاهر أنه لا يُحرَّم ؛ لأن هذا المجموع لا يحصل منه قرابة واحدة يُعبر عنها بعبارة . وقيل : يحرم ؛ إذ لو استتمَّت كل واحدة خمسًا لحُرمت .

فرع : يُعتبر تخلُّل فصل بين رضعات الزوجات ، فلو أرضعت دفعة واحدة ^(٤) على التواضل فوجهان :

أحدهما : أنه يتعدَّد ؛ لتعدُّد الموضع ^(٥) .

والثاني : أنه يتَّحد ، كتعدد الثدي من واحدة ؛ لأن الصبي ^(٦) ارتضع دفعة [واحدة] ^(٧) . فعلى هذا ، لو عادت واحدة وأرضعت أربعًا حرَّم عليها ؛ لأنها كملت الخمس . وفيه وجه : أنه لا يحرم ؛ لأن الرضعة الأولى لم تُحسب ^(٨) رضعة تامة ، ولو حُسبت لحصل التحريم بالمجموع . وهذا ضعيف .

* * *

(١) وهذا أصح الوجهين كما ذكره الغزالي في الوجيز (١٠٦/٢) . والنووي في المنهاج ص (١١٨) . والروضة (١٠/٩) .

(٢) أي لا تحصل الأبوة . (٣) في (أ) ، (ب) : « كالظرف للبنه » .

(٤) كلمة : « واحدة » ليست في (ب) .

(٥) وهذا أصح الوجهين كما ذكره في الروضة (١٢/٩) . وفي (ب) : « أنه يتعدد بتعدد الموضع » .

(٦) كلمة : « الصبي » ساقطة من (أ) . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « لم تحسب » .

الباب الثاني

فِيمَنْ يَحْرَمُ بِالرَّضَاعِ

ويحرم بالرضاع ^(١) أصول وفروع ، والأصول ثلاثة :

المرضعة ^(٢) : وهي الأم وزوجها وهو الأب .

والمرتضع : وهو الولد ، ومنهم تنتشر الحرمة إلى الأطراف ، حتى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

بيانه : أنه إذا حرم على المرتضع المرضعة ، حرم عليه أمهاتها نسبا ورضاعا ؛ فإنهن جدات . وحرم عليه أخواتها نسبا ورضاعا ؛ فإنهن خالات . ^(٣) ولم تحرم عليه بنات أخواتها ^(٤) وإخوتها ؛ فإنهن بنات الخالات والأخوال ^(٥) . وحرمت بناتها عليه نسبا ورضاعا ؛ فإنهن أخوات المرتضع ^(٦) وحرمت أولاد بنات المرضعة ^(٧) ، قَوْنٍ أو بَعْدَنٍ من النسب والرضاع ؛ فإنه خالهن . وكما حرمت المرضعة على المرتضع ، حرمت على أولاده من النسب والرضاع ؛ فإنهم حوافدها ، ولم تحرم على أب المرتضع ، فلو تزوج بها أبوه فكأنه تزوج بأُم الابن ، ولا منع منه . ولو تزوج أخوه بها فلا منع ، وكأنه تزوج بأُم الأخ وهو جائز ، وإنما لا يجوز في النسب ؛ لأنها زوجة الأب ^(٨) ، وذلك حرام بحكم المصاهرة .

وهذا القياس بعينه جارٍ بين المرتضع والفحل ، فإذا كان هو للمرتضع أباً : فأبوه جد ، وأخوه عم ، وابنه أخ ، وعلى هذا / القياس .

(١) في (أ) ، (ب) : « ويحرم من الرضاع » .

(٢) ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « ولم تحرم بنات أخواتها » .

(٤) في (أ) : « فإنهن بنات الأخوال والخالات » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وحرمت بنات بنات المرضعة » .

(٦) أي لأنها زوجة أبيه .

والأصل في الفحل أن عائشة (رضي الله عنها) احتجبت من «أفلح» ^(١) فقال ﷺ : «لِيلَجْ عَلَيْكَ فَإِنَّهُ عَمُّكَ» ^(٢) وكانت قد ارتضعت من زوجة أخيه .

ولا يخالف الرضاغ النسب إلا في أم الأخ من الرضاع ، وأم الابن من الرضاع ؛ فإنهما لا يَحْرُمَانِ من الرضاع ، وإنما يحرمان من النسب ؛ للمصاهرة والزوجية ^(٣) .

(١) هو أفلح أخو أبي القعيس ، صحابي جليل وهو عم عائشة (رضي الله عنها) من الرضاع ، وكنيته أبو الجعد .
انظر تهذيب الأسماء واللغات (١/ ١٢٤) .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٢٤٩/٩) كما في الفتح (٦٧) كتاب «النكاح» (١١٧) باب «ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع» حديث (٥٢٣٩) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : جاء عمي من الرضاغة ، فاستأذن علي ، فَأَيْتُّ أَنْ أَدْنِي لَهُ حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللَّهِ فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : إِنَّهُ عَمُّكَ ؛ فَأَذْنِي لَهُ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّمَا أَرْضَعْتَنِي الْمَرْأَةَ وَلَمْ يُزِغْنِي الرَّجُلُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : إِنَّهُ عَمُّكَ فَلْيَلَجْ عَلَيْكَ » قالت عائشة : وذلك بعد أن ضُربَ علينا الحجاب . ورواه مسلم (١٠٦٩ / ٢) (١٧) كتاب «الرضاع» (٢) باب «تحريم الرضاغة من ماء الفحل» حديث (١٤٤٥) . ورواه أبو داود (٥٤٧ / ٢) حديث (٩٩ / ٦) . وابن ماجه (٦٢٧ / ١) حديث (١٩٤٨) جميعا من طرق عن عروة بن الزبير عن عائشة مرفوعا .

(٣) في (أ) : «بالمصاهرة والزوجية» .

فصل في مسائل تتعلق بالفحل خاصة

فنقول : إنما تثبت الحرمة من الفحل إذا أرضعت بلبانه ^(١) ونُسب اللبن : يُنسب الولد إليه ^(٢) ، وكل ولد منفي عنه فاللبن الحاصل بسببه منفي ^(٣) عنه كولد الزنا ^(٤) ، والولد المنفي باللعان ^(٥) .
وأما لبن المولود من وطء الشبهة ، فالصحيح أنه منسوب [إليه] ^(٦) كالولد ، وقد نُقِلَ فيه قول ، وجهه أن النسب يثبت للضرورة ، ولا ضرورة في الرضاع ، وكذا طردوا هذا القول في الصُّهر .

فرعان

أحدهما : أنه لو وطئت المنكوحه بالشبهة ، وأتت بولد بحيث يُعرض على القائف ، وفزعنا على الصحيح في ثبوت الرضاع بوطء الشبهة : فالرضاع تبع للنسب ، فإذا أرضعت صغيراً ، فهو ولد من ألحق القائف به المولود ^(٧) . فإن لم يكن قائف ، وبلغ المولود ، وانتسب إلى أحدهما : تبعه المرتضع في الرضاع . فإن مات قبل الانتساب ففي الرضيع ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ينتسب بنفسه كالولد [لأنه تابع ، والآن مات المتبوع فقام مقامه] ^(٨) ولكن هو ينتسب عند عدم الولد .

(١) في (أ) : « ونُسب اللبن إليه - نسب الولد » وهو أوضح .

(٢) في (أ) ، (ب) : « منفي » .

(٣) يعني إذا زنا بامرأة ، ووضعت ، فنزل اللبن ، ورضعت طفلة من هذا اللبن ، فلا تحرم على الزاني ؛ لأنها ليست ابنة له من الرضاع ، ولا تحرم على ابنه ؛ لأنها ليست أخته رضاعاً ، فلا حرمة لماء الزاني ولا للبن نزل بسبب الزنا .

(٤) في (أ) : « والولد المنفي باللعان » .

(٥) زيادة من (أ) ، والضمير في قوله : « إليه » يرجع إلى الواطيء .

(٦) وهو إما زوج الموطوءة بالشبهة ، وإما الواطيء نفسه .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنه لا ينتسب ؛ لأن الولد يَنبُتِي ^(١) على مِيلٍ في الطبع تقتضيه الحلقة ، وذلك لا يتحقق في الرضاع ، فعلى هذا ، نَسَبُهُ في الرضاع مُبْهَمٌ بينهما ، فيحرم عليه مواصلتهما جميعاً ^(٢) ، وهذا هو الأصح .

والثالث : أنَّ الأمر موقوف ، والحرمة قائمة ، وعليه أن لا يُؤاَصِلَهُما جميعاً ، ولكن له مواصلة أحدهما ، وإذا فعل ، تعيَّن ، ولم يُجْزَ له بعد ذلك مواصلة الثاني وإن طلق الأول . وفيه وجه : أن له مواصلة الثاني مهما طلق الأول ، وإنما يحرم عليه الجمع ؛ لأنه يُتَيَقَّنُ التحريم ^(٣) عند الجمع ، لا عند الأفراد . وفي المسألة قول آخر : أنه يثبت نَسَبُهُ في الرضاع ^(٤) منهما ؛ لأنه يُحْمَلُ أبوان من الرضاع ، ولا يُحْمَلُ من النسب . وهذا ضعيف ، إلا أن يُزَادَ به شمول التحريم ، وذلك صحيح .

الفرع الثاني : إذا طَلَّقَ زوجته ، ولَبِثَهَا ذَاتَرٌ ، فهو منسوبٌ إليه أبداً . وكذلك لو انقطع وعاد ، ما لم تضع حملاً من واطيء آخر . وقيل : إنه يتقدَّرُ بأربع سنين ، وهو أقصى مدة الحمل . وهو فاسد ؛ لأن اللبن لا تتقدَّرُ مُدَّتُهُ . ومهما وضعت حملاً من واطيء لخر شبهة ، أو نكاح : انقطع نِسْبَةُ اللبن عنه ، أما في مدة الحمل في النكاح الثاني ، فهو منسوبٌ إلى الأول إن قال أهل البصَر ^(٥) : لم يدخل وقتُ دُرُورِ اللبن من الثاني . فإن قالوا : دَخَلَ ، ففيه نظرٌ .

فإن كان اللبن لا ينقطع ففيه ثلاثة أقوال :

أحدهما : أنه للأول استصحاباً ^(٦) .

والثاني : أنه لهما .

والثالث : أنه إن زاد اللبن فلهما ، وإلا فهو للأول .

(١) أي يَنبُتِي انتسابه .

(٢) وعليه ، فإن كان هذا الرضيع ذكراً ، لم يُجْزَ له نكاح ابنة أحدهما ؛ لأننا نقطع أنه أخٌ لإحدهما ، وذلك عند تحقُّق الانحصار فيهما .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه يتحقق التحريم ... » .

(٤) في (ب) : « من الرضاع » . (٥) في (أ) ، (ب) : « أهل البصيرة » .

(٦) وهذا القول هو المشهور في المذهب كما في الروضة (١٩/٩) .

وأما إذا كان قد انقطع وعادَ بالحمل ، فثلاثة أقوال :

أحدهما : أنه للأول ؛ إذ لم يَطْرَأْ قاطع معلوم ؛ فلا نبالي بقول أهل البصر : إنَّ ذلك جائزٌ ، ولا بانقطاع اللبن ^(١) .

والثاني : أنه للثاني ؛ لأن الحمل ناسخٌ .

والثالث : أنه لهما جميعًا . [والله أعلم] ^(٢) .

* * *

(١) أي ولا نبالي أيضًا بانقطاع اللبن .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في بيان الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم فيه

ويشتمل هذا الباب على غوامض الكتاب ، ولا بُدَّ من تقديم أصليين :

أحدهما : في الغرم .

والثاني : في التفاف المصاهرة بالرضاع .

الأول : في الغرم :

فإذا كان تحتَه صغيرة ، فأرضعته أمُّه ^(١) ، أو امرأته بلبانِه ، حرمت زوجته الصغيرة ، وانقطع النكاح ، وعلى الزوج نصفُ المسمى قبل الميسيس وجميعه - حيث ينقطع النكاح بمثله ^(٢) - بعد الميسيس . وأما المرضعة فقد قَوَّتْ ملكَ النكاح عليه فلا بُدَّ وأن تغرم . وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) « أن عليها قبل الميسيس نصف مهر المثل » ^(٣) . ونصَّ في شهود الطلاق - إذا رجعوا - « أنهم يغرمون جميع مهر المثل » ، فقيل : قولان في المسألتين بالنقل والتخريج ، ينظر في أحدهما إلى أن المستقرُّ هو النصف ، وفي الثاني - وهو الأصح - أن الملكَ بكماله مُستقرُّ ، وإنما يسقط الشطرُ بالطلاق فيجبُ جميعُ المهر . ومنهم مَنْ فَرَّقَ بأن الشهودَ لم يَقْطَعُوا - باطناً - ملكه ^(٤) وإنما أوقعوا حيولَه ، والإرضاعُ قطعُ النكاح ، والقطعُ قبل الميسيس لا يُوجِبُ إلا النصف . ومنهم من أَقَرَّ النَّصَّ ^(٥) في الشهود ، وخرَّجَ منه قولاً إلى الرضاع أنه يجب التمام ، وهو مُتَّجِهٌ في القياس . وذكر بعض أصحابنا قولين آخرين :

أحدهما : أنه يغرم نصفُ المسمى ؛ لأنه الذي فات على الزوج مُتَقَوِّمًا ، أما البضع فلا

(١) في الأصل : « أمته » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « حيث ينقطع النكاح بمثله » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) انظر الأم (٣٢ / ٥) . مختصر المزني ص (٢٢٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يقطعوا باطنَ ملكه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « النصين » .

يُتَقَوَّم^(١)، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ^(٢).

والثاني : كمال المسمى ؛ لأنه الذي بذل الزوج ؛ إذ التشطير / خاصية الزوج . ٢٢٢/ب

وفي الشهود قول خامس : أنَّ الزوج إن كان بذل كمال المسمى ، وَجِبَ كمالُ المسمى ؛ لأن الزوج مُنْكَرٌ للطلاق ^(٣) ، فلا يُمَكِّنُهُ استردادُ شَطْرِ المسمى .

أما إذا جرى بعد المسيس بأن كان تحتة كبيرة وصغيرة ، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة ، ^(٤) حتى صارتا أختين فحرم جميعهما ، اندفعا على الصحيح ^(٥) ، وفيما تغرم لأجل الكبيرة المسوسة قولان :

الصحيح المقطوع به : أنها تغرم كمال مهر المثل .

والثاني : أنها لا تغرم شيئاً ؛ لأنَّ الزوج بالوطء استوفى ما يقابل المهرَ ، وكذلك ^(٦) إذا ارتدَّت بعد المسيس ، لم تغرم شيئاً .

وهذا كله إذا كان الرضاعُ منها قَصْداً ، فلو كانت المرضعة نائمة ، فدَبَّت ^(٧) الصغيرة إليها ، وامْتَصَّتْ ، فالفسخ محالٌّ على الصغيرة حتى يسقط كمال المسمى ، ولا تغرم المرضعة لعدم القصدِ .

ولا خلاف في أنَّ فِغْلَهَا في الارتضاع ^(٨) لا يُعتبر مهما كانت المرضعة قاصدةً ، بل يُحال على جانب المرضعة . وذكر الشيخ أبو علي في النائمة وجهين آخرين :

أحدهما : أنه يُحال على المرضعة ؛ لأنها صاحبة اللبن فتنسب إليه ^(٩) . وهذا ضعيفٌ .

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يُقَوَّم » .

(٢) انظر : المبسوط (٥ / ١٤١ وما بعدها) . الهداية (١ / ٢٤٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منكر الطلاق » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حتى صارتا أختين ، حرمتا جميعا ، واندفعتا على الصحيح » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فَدَبَتْ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وَلَدَتْ » .

(٧) في (أ) : « فينسب إليها » .

(٨) في (أ) : « الإرضاع » .

والثاني: أنها لا تغرم؛ لأنها لم تَقْصِدْ، وتستحقُّ الصغيرةُ نِصْفَ المسمى؛ إذ لا عِبْرَةٌ بفعالها.
أما إذا قطرت قطرة من اللبن، فَطَيَّرَهَا الرِيْخُ إِلَى فَمِ الصَّغِيرَةِ^(١)، فلا غُرْمٌ عَلَى صاحِبَةِ اللبَنِ،
والصغيرةُ تستحقُّ شَطْرَ المهر؛ إذ لا فَعْلَ لَهَا، ويرجع وجهٌ فِي النظرِ إِلَى صاحِبَةِ اللبَنِ.
الأصل الثاني^(٢): فِي التَّفَافِ المصَاهِرَةِ بِالرِّضَاعِ.

فنقول: إذا أَرْضَعَتْ [أمرأة] ^(٣) صَبِيَّةً، فنكحَ الصَّبِيَّةَ رَجُلٌ: حُرْمٌ عَلَيْهِ المَرْضِعَةُ؛ لأنها أُمُّ زَوْجَتِهِ، والأُمومةُ سَابِقَةٌ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ. فلو نكحَ صَبِيَّةً وَأَبَانَهَا، فَأَرْضَعْتُهَا كَبِيرَةً: حَرَمَتْ الكَبِيرَةُ عَلَى المَطْلُوقِ؛ لأنها صَارَتْ أُمُّ صَغِيرَةٍ كَانَتْ زَوْجَتَهُ،^(٤) إذ لا يُنْظَرُ إِلَى التَّارِيخِ وَالتَّقْدِيمِ وَالتَّأخِيرِ^(٥)، وهذا متفقٌ عَلَيْهِ. ^(٦) والمطلقة أو المستولدة إذا نكحتُ صَغِيرًا، ثم أَرْضَعْتَهُ بِلَبَانِ الزَّوْجِ أَوْ السَّيِّدِ: حَرَمًا عَلَى المَطْلُوقِ وَالسَّيِّدِ؛ لِأَنَّ الرِّضْعَ صَارَ ابْنًا، وَهِيَ كَانَتْ زَوْجَتَهُ قَبْلَ أَنْ صَارَ ابْنًا^(٧) [فصارت أُمُّ الزَّوْجَةِ] ^(٨).

وكذلك لو نكحَ زَيْدٌ كَبِيرَةً، وَعَمَرُو صَغِيرَةً، ثم طَلَّقَاهُمَا^(٩)، وَنَكَحَ كُلُّ وَاحِدٍ زَوْجَةً صَاحِبِهِ، فَأَرْضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ: حُرِّمَتْ الكَبِيرَةُ عَلَيْهِمَا، لأنها صَارَتْ أُمُّ صَغِيرَةٍ هِيَ زَوْجَتُهُمَا. وَأُمُّ الصَّغِيرَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَيْدٌ قَدْ دَخَلَ بِالكَبِيرَةِ لَمَّا كَانَتْ تَحْتَهُ - فَنِكَاحُ الصَّغِيرَةِ بَاقٍ؛ لأنها صَارَتْ رَبِيبَةً أَمْرَأَةً لَمْ يَدْخُلْ بِهَا. فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالكَبِيرَةِ حَرَمَتْ الصَّغِيرَةُ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ؛ لأنها رَبِيبَةٌ مَدْخُولٌ بِهَا.

فَإِنْ تَمَهَّدَ^(٨) هَذَانِ الْأَصْلَانِ انْشَعَبَ مِنْهُمَا^(٩) صُورٌ:

(١) فِي (أ)، (ب): «الصَّبِيَّةُ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «الْفَصْلُ الثَّانِي» وَهُوَ خَطَأً، وَالمُثَبَّتُ مِنْ (أ)، (ب).

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ (أ).

(٤) فِي (أ): «إِذَا لَا يَنْظَرُ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأخِيرِ».

(٥) فِي (أ)، (ب): «وَالْمَطْلُوقَةُ وَالْمُسْتَوْلَدَةُ إِذَا أَرْضَعْتَا بِلَبَانِ الزَّوْجِ - أَوْ السَّيِّدِ - صَغِيرَةً، كَانَ قَدْ نَكَحَهَا الزَّوْجُ - أَوْ السَّيِّدُ - حَرَمًا عَلَى المَطْلُوقِ وَالسَّيِّدِ؛ لِأَنَّ الرِّضْعَ صَارَتْ ابْنًا، وَكَانَتْ زَوْجَتَهُ قَبْلَ أَنْ صَارَتْ ابْنًا».

(٦) زِيَادَةٌ مِنْ (أ)، (ب).

(٧) فِي (أ)، (ب): «ثُمَّ طَلَّقَا».

(٨) فِي (أ): «مِنْهَا».

(٩) فِي (أ)، (ب): «فَإِذَا تَمَهَّدَ».

الصورة الأولى^(١) : إذا كان تحتها صغيرة وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة بلبان الزوج : حُرِّمَتْما عليه على التأييد ؛ لأنَّ الكبيرة صارت أُمَّ الزوجة ، والصغيرة صارت وَلَدَ الزوج . فإن أرضعتها بلبان غيره ، وكان بعد الدخول بالكبيرة^(٢) : حُرِّمَتْما على التأييد ؛ لأنَّ الكبيرة صارت أُمَّ الزوجة ، والصغيرة ربيبة مدخول بها . وإن كان قبل الدخول حرمت الكبيرة مؤبدة ؛ لما سبق ، وانفسخ نكاح الصغيرة ؛ لأنها اجتمعت مع الأُمِّ في النكاح . ولا يَحْرُم تجديد نكاحها ؛ لأنها ربيبة غير مدخول بها . أما الغرم فإنَّ ظهر فعلها^(٣) ، يسقط مهرها قبل الدخول ، وغُرْم مهر الصغيرة كما سبق .

الصورة الثانية : لو كان تحتها كبيرة^(٤) ، وثلاث صغار ، فأرضعتهنَّ^(٥) دفعةً ، بأنَّ حلبت اللبن فأوجرتهنَّ دفعةً : حرمت هي على التأييد ؛ لأنها أُمُّ زوجاته ، وانفسخ نكاح الصغار لمُعْتَنَيْن :

أحدهما : ثبوت الأخوة بينهما .

والثاني : اجتماعهن مع الأُمِّ في النكاح .

ولم يَحْرُمْنَ مؤبداً ؛ لأنَّ تحريمهنَّ بسبب الاجتماع ، ولكن بشرط أن لا يكون الارتضاع بلبان الزوج^(٦) وأن يكون قبل دخوله بالكبيرة حتى لا يَصْرِنَ ربائب مدخول بها .

وإن أرضعت الأولَيْن ، ثم الثالثة : انفسخ نكاحها مع الأولين ، ولم ينفسخ نكاح الثالثة ؛ إذ لم يَتَقَّ في نكاحه امرأة حتى يمتنع الاجتماع . فلو أرضعت واحدة فواحدة على الترتيب ، انفسخ نكاح الكبرى مع الأولى ، ولم ينفسخ نكاح الثانية في الحال . وهل ينفسخ مع نكاح الثالثة وقد أرضعتها وتحتها الصغيرة الثانية ؟ فيه قولان :

(١) في الأصل « الأولى » بدون كلمة « الصورة » ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « بالكبيرة » ساقط من (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) ، (ب) : « فإن ظهر بفعلها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو كان تحتها صغيرة » وهو خطأ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فأرضعت » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكن بشرط أن يكون الإرضاع لا بلبان الزوج » .

أحدهما : نعم ، وهو القياس ؛ لأنهما أختان ، فليست إحداهما بالاندفاع أولى من الأخرى .

والثاني : أنه تختصُّ الثالثة باندفاع نكاحها ؛ لأنَّ سبب الجمع وُجِدَ بإرضاعها .

وكذلك لو أَرْضَعْتُ أجنبيةً صغيرةً تحتَ زوج واحد على التَّوالي : اندفع نكاحُ الثانية ، وفي الأولى قولان ^(١) .

وكذلك لو أَرْضَعْتُ أُمَّ إحدى الصغيرتين الأخرى ، انفسخ نكاح / المرتضعة ، وفي الأخرى ٢١٧/أ القولان ، والأصحُّ في الكلِّ التدافع ، وهو اختيارُ المزني (رحمه الله) ^(٢) .

ولو كان تحتَه أربع صغار ، فجاء ثلاثُ خالاتٍ للزوج من جهة الأب والأم ، وأَرْضَعْتُ كُلَّ واحدةٍ واحدةً : لم يَنْفَسَخْ نكاحهن ؛ لأنَّهنَّ صِرْنَ بناتِ الخالات . فلو جاءت بعد ذلك أُمُّ أُمِّ الزوج ، أو امرأةُ أبِ أُمِّ الزوج ^(٣) ، وارتضعت الرابعة ^(٤) : حرمت هي مؤبداً ؛ لأنها صارت خالةً للزوج ، وصارت خالةً للصغائر الثلاث ؛ إذ صارت أختاً للخالة التي أَرْضَعْتُهِنَّ - وأُخْتُ الخالة خالة - فيَنْفَسَخْ نكاحُها ، وفي انفساخ نكاح الثلاث - وهي بناتُ أختها ^(٥) ، وقد اجتمعن في النكاح معها - قولان ؛ لأنَّ سببَ الجمعَ محقَّقٌ منها .

المسألة بحالها : لو كانت ^(٦) الخالات متفرقات ، إحداهن للأب والأخرى للأم ^(٧) ، والأخرى للأب والأم ، وجاءت أُمُّ أُمِّ الزوج ، وارتضعت الرابعة ^(٨) : انفسخ نكاحها ، وأمَّا الصغائر الثلاث ، فالتى أَرْضَعْتُها الخالة للأب لا يَنْفَسَخُ نكاحُها ؛ لأنَّ الخزولةً للرابعة حَصَلَتْ من جهة أُمِّ أُمِّ الزوج ، والخالة للأب لا تَنْصِلُ بها .

المسألة بحالها : لو جاءت امرأةُ أبِ أُمِّ الزوج ، وأَرْضَعْتُ الرابعةَ بلبانِ أبِ أُمِّ الزوج : يَنْفَسَخُ

(١) في (أ) ، (ب) : « وفي الأولى القولان .. » .

(٢) انظر مختصر المزني ص (٢٢٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو امرأةُ أبِ أُمِّ الزوج » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وارتضعت الرابعة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وارتضعت الرابعة » .

(٦) في (أ) : « لو كان » .

(٧) قوله : « والأخرى للأم » ساقط من (ب) .

(٨) في (ب) : « وأَرْضَعْتُ الرابعة » .

نكاحها ؛ لأنها صارت خالة الزوج للأب . وهل يفسخ نكاح الثلاث ؟ أمّا التي أرضعتها الخالة للأب ، أو للأب والأم ، ففي انفساخ نكاحها قولان ، ولا يفسخ نكاح التي أرضعتها الخالة للأم ؛ لأنها أجنبية منها ؛ لأن الخوالة ثبت لها من جهة أب أم الزوج ، وهي خالة من جهة أم أم الزوج ، ويخرج على هذه القاعدة ثلاث عمات مجتمعات أو متفرقات ، وفرض إرضاع الرابعة من أم أب الزوج ، أو امرأة أب أب الزوج .

الصورة الثالثة : تحتة كبيرة وثلاث صغائر ، وللكبيرة ثلاث بنات كبار ، فأرضعت كل بنت كبيرة [للكبيرة] ^(١) صغيرة ؟ فإن كان بعد الدخول ، حرمت الكبيرة مؤبداً ؛ لأنها صارت جدة للصغائر ^(٢) ، وحرمت الصغائر مؤبداً ؛ لأنهن ربائب مدخول بها . وإن كان قبل الدخول ، انفسخ نكاحهن ، ولم يحرم على التأييد إلا الكبيرة ؛ فإنها أم الزوجات ، وإنما يفسخ إذا جرى الإرضاع دفعة من غير توالٍ ^(٣) ، وإن جرى على التوالي انفسخ نكاح الأولى مع الأم ، ولا يفسخ نكاح الثانية والثالثة .

فإن حلبن اللبن في ظرف واحد وأرضعن دفعة : اندفع نكاح الكل ، والمرضعات يشتركن في غرامة مهور الصغائر في هذه الصورة ؛ لامتزاج اللبن . وإن انفردت كل واحدة بالإرضاع معاً : انفردت كل واحدة بغرامة مهرها ، واشتركن في غرامة مهر الكبيرة ؛ إذ كل واحدة أتت بعلّة كاملة في دفع نكاحها .

الصورة الرابعة : نكح كبيرتين وصغيرتين ، فأرضعت كبيرة بلبانه الصغيرتين على الترتيب ، وكذلك فعلت الكبيرة الثانية - حرمت الكبيرتان والصغيرتان على الأبد ، غير أن الكبيرة لما أرضعت الصغيرة الأولى ، أفسدت نكاح نفسها ونكاح تلك الصغيرة ؛ لأنها صارت أم الزوجة ، وصارت الصغيرة بنتاً ، ولما أرضعت الثانية فسدت نكاح الثانية ؛ لأنها أيضاً صارت بنتاً ، فسقط مهر الكبيرة إن كان قبل الدخول ، وتغرم مهر الصغيرتين كما سبق . وأما الكبيرة

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (ب) : « جدة الصغائر » .

(٣) في الأصل : « من غير توالي » والصواب « توالٍ » .

(٤) في (أ) : « لأنها صارت أيضاً » .

الثانية فلم تُفسد إلا نكاح نفسها ، فلا مَهْر لها ، ولا شيء عليها .

أما إذا لم يكن بلبان الزوج ، فلا تصير الصغيرة بنتاً ، بل ربيبةً ، فلا يخفى حكمها قبل الدخول وبعده : ^(١) « وحكم الآية قائم بالإجماع قبل الدخول » .

* * *

(١) في (أ) : « وحكم الاندفاع بالإجماع قبل الدخول » .

الباب الرابع في النزاع

والنَّظَرُ فِي الدَّعْوَى ، وَالْحَلْفِ ، وَالشَّهَادَةِ :

أما الدعوى : فإن توافقا على الرضاع ، مُحْكَمٌ باندفاعِ النِّكَاحِ ، ولا يَجِبُ إلا مهرُ المثل إن جرى مَسِيْسٌ . وإن ادَّعى أحدهما قُضِيَ بِموجبِ قوله فيما عليه ، وطُولِبَ بالبيِّنة فيما لهُ . فإن [ادَّعى] ^(١) الزوج ، اندفعَ النِّكَاحُ ولم يَشَقَطْ مهرُها بقوله . وإن ادَّعتِ المرأةُ سَقَطَ مهرُها إن لم تكن قَبَضَتْ ، وإن جرى القبضُ ، فلا يَقْدِرُ الزوجُ على الاسترداد ؛ لأنه مُنْكَرٌ للرضاع .

أما التحليفُ : فالمُنْكَرُ يحلفُ على نَفْيِ العلمِ بجريانِ الرضاعِ ؛ لأن الرضاعَ فَعْلٌ الغَيْرِ ، ولا نَظَرٌ إلى فعلها في الإرضاع ^(٢) ؛ لأنها كانت صغيرة . فإن نَكَلَتْ حلفَ الزوجِ على البَيِّنَةِ بجريانِ الرضاعِ . وقال القفال : « يحلفُ على العلمِ بجريانِ الرضاعِ لِتَطَابِقِ اليمينِ المردودةِ يمينَها على الضِّدِّ » والصحيحُ أنَّ ذلكَ ذَكَرَهُ على سبيلِ الاستحبابِ ، وإلا فإِذَا حلفَ على الرضاعِ جزْماً ، كَفَى .

أما الشهادة : فلها طرفان ^(٣) :

الأول : عددُ الشهودِ وصِفَتُهُمْ ، فلا بد / من أربعِ نسوة . وقال مالك (رحمه الله) : « يكفي اثنتان » . ٢٢٣ / ب
وتَقْبَلُ شهادةُ النِّسوةِ وَحَدَّهْنِ ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لا بُدُّ من رجلين أو رجل وامرأتين ^(٤) » .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « الارتضاع » .

(٣) في الأصل : « فلها أطراف » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) مذهب الشافعية : أنه لا بد من شهادة أربع نسوة في إثبات الرضاع . انظر : الوجيز (١٠٩ / ٢) . الروضة (٩ / ٦) . الغاية (٨٦٥ / ٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تقبل شهادة النساء منفردات في الرضاع ، ويثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

ومذهب المالكية : أنه يكفي لإثبات الرضاع شهادة امرأتين ، ويثبت عندهم أيضًا بشهادة رجل مع امرأة .

انظر : تفصيل المذهب في : الكافي ص (٤٧٠) . القوانين الفقهية (٢١٢) . حاشية الدسوقي (٥٠٧ / ٢) .

الخرشي على مختصر خليل (١٨٢ / ٤) .

ولو شهدت أم المرأة وابنتها ، لم تُقبل إن كانت هي المدّعية ، وإن كانت منكراً قُبِلَ عليها .
ولو ابتداءً الشهادة^(١) من غير دعوى على سبيل الحسبة ، قُبِلَ ؛ إذ ربما تكونُ عليها ، وربما تكونُ لها ، وشهادة الحسبة تُقبل في الرضاع كما في الطلاق . وتقبل شهادة المرضعة وإن شهدت على فعلها ؛ إذ ليس تَقْصِدُ إثبات الفعل ، بل وصول اللبن ، إلا إذا كان غَرْضُها الأجرة ، فلا تُقبل ، وقال الفُوراني : لو شهدت على أنها ارتضعت مِنِّي ، قُبِلَ^(٢) . ولو قالت : « أشهد أنني أرضعتها » فلا تُقبل ؛ لفساد الصيغة .

الطرف الثاني : في التحمّل . ويحصل ذلك بأن يُشَاهِدَ الصغير قد التقم الثدي وهو يتجرع ،^(٣) وتتحرك حنجرته مستَجِرّاً^(٤) حركة يحصل له [بها]^(٥) علم بوصول اللبن إلى جوفه من قرينة الحال . والظنُّ الغالبُ كالعلم [كما]^(٦) في الشهادة على الملك ، ولكن عند أداء الشهادة ينبغي أن يجزم القول بأن بينهما رضاعاً مُحَرَّماً . فإن شهدَ على الإرضاع فليذكر شرائطه من الوقت والعدد وهل يجبُ ذكرُ وصول اللبن إلى الجوف ؟ فيه خلاف^(٧) .

ولا شك في أن القاضي لو استفصل فعليه ذلك ، ولكن لو مات الشاهد قُبِلَ التفصيل ، فهل للقاضي التوقُّف ؟ فيه وجهان . ومن اكتفى بدون ذلك ، علَّل بأن الوصول إلى الجوف لا يُرى ، بخلاف ولُوج الآلة في الزنا ، فإنه يُرى . ولا خلاف في أنه لو حكى القرائن التي شاهدها في الرضاع ، لم يُقبل إن كان ذلك مُستند عليه .

= ومذهب الحنابلة : أنه يكفي لإثبات الرضاع شهادة امرأة واحدة ، وذلك إذا كانت مَرْضِيَّةً في دينها ، وسواء كانت متبرعة بالرضاع أم بأجرة . وظاهر المذهب أنه سواء شهدت على فعل نفسها أو على فعل غيرها . وعن أحمد رواية : أنه لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وعنه رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتشتحل مع شهادتها .

انظر : المغني لابن قدامة (٧ / ٥٥٨) . المبدع (٨ / ١٨٠) . منار السبيل (٢ / ٢٩٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ولو ابتدأت الشهادة » . (٢) في (أ) : « قُبِلت » .

(٣) في (أ) : « ويتحرك حركته مُستَجِرّاً » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) فيه وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قطع المتولي وغيره ، كما يشترط ذكر الإيلاج .

كِتَابُ النَّفَقَاتِ

والأسباب الموجبة للنفقات (١) ثلاثة :

الزوجية .

والقربة .

وملك اليمين .

(١) في (أ) : « النفقة » .

السبب الأول

الزوجية

ويجب على الزوج النفقة بالاتفاق ، وهي خمسة أشياء : الطعام ، والإدام^(١) ، والكسوة والشكلى ، وآلة التنظيف ، كالمشط والدَّهن ، والخدام إن كانت ممن تُخدم .
ثم الخادم^(٢) تستحق الطعام والأُدم والشكلى والكسوة ، وتستحق الخف ؛ لتردُّها في الخروج . والمرأة لا تستحق الخف بل المكعب^(٣) للتردد في المسكن .
ولا تستحق الخادمة آلة التنظيف . ولا تستحق الزوجة المعالجة بالداء^(٤) ، والفصد ، والحجامة .

وشرح هذه الأمور - مع مُسقطات النفقة - في ثلاثة أبواب :

(١) الإدام : ما يُؤْتد به ، مائعا كان أو جامدا . وجمعه : أْدم ، بضم الدال وقد تسكن تخفيفا . انظر : أساس البلاغة ص (٤) . المصباح المنير (١ / ١٧) . القاموس المحيط ص (١٣٨٨ وما بعدها) مادة (أدم) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ثم الخادمة » وكلاهما صحيح . انظر القاموس ص (١٤٢١) .

(٣) المكعب بوزن مَقوَد : هو المداس لا يبلغ الكعبين ، وهو كلمة غير عربية . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٢٤) .

(٤) في (أ) : « بالدواء » .

البابُ الأوّل

في قدرِ النّفقة ، وكَيْفِيَةِ الإنْفَاقِ

وشَرْحُهُ في فصلين :

الفصلُ الأوّل

في المقدار

والكلام في هذه الأشياء المذكورة ، وهي ستة [أشياء]^(١):

الواجب الأول : هو الطعام . وهو مُدٌّ^(٢) على المغِير ، ومُدّان على المُوَسِّر ، ومُدٌّ ونصف على المتوسط . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إنه لا يُقَدَّر ، بل الواجب قَدْرُ الكفاية ، كنفقة القريب^(٣) . ونقل الشيخُ أبو محمد قولاً غريباً على موافقته . ونقل صاحبُ « التّقرير » [قولاً]^(٤) أن الزيادة على المدِّ لا مردُّ له ، فهو إلى فرض القاضي . والمذهب : هو الأول ، ومستندُه : أن اعتبار الكفاية لا يصح ، مع أنها تستحقّ في يوم مرضها وشبعها . فإذا بطلت

(١) زيادة من (أ) .

(٢) المدّ : وهو يساوي خمسمائة وثلاثة وأربعين جراماً . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٥٠) . .

(٣) مذهب الشافعية : أن الواجب من قوت المرأة على زوجها مقدّر ، وذلك بحسب حال الزوج وحده ، وهو مُدّان على المُوَسِّر ، ومُدٌّ ونصف على المتوسط ، ومُدٌّ على المعسر . انظر : الأم (٨٨ / ٥) . مختصر المزني ص (٣٠) . روضة الطالبين (٤٠ / ٩) . الغاية القصوى (٨٦٧ / ٢) .

ومذهب الحنفية : أن الواجب من النفقة معتبرٌ بحال الزوجين ، ولا تقدير فيها ، وإنما هي بحسب كفايتها . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : الهداية (٣٢٠ / ٢) . الاختيار (٤ / ٤) . الباب في شرح الكتاب (٩٢ / ٣) . الكافي ص (٢٩٨) . القوانين الفقهية ص (٢٦٦) . الشرح الصغير (٧٣٨ / ٢) . المقنع ص (٢٢٦) . المغني لابن قدامة (٥٦٤ / ٧) . زاد المستقنع ص (١١٨) . دليل الطالب ص (٢٣٩) . الإفصاح عن معاني الصحاح (٨١ / ٢) .

(٤) زيادة من (أ) .

الكفاية، فأقل طعام أوجبه الشرع المذ في الكفارات، وهو القدر الذي يجتريء به الزهيد، ويتبلغ به الرغيب. وأقصاه مُدَّان؛ إذ أوجبهما ^(١) الشرع في الفدية ^(٢)، والوسط ما بينهما، وقد ثبت أن ذلك يختلف؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْوُسْعِ قَدَرُكُمْ وَعَلَى الْفَقْرِ قَدَرُكُمْ﴾ ^(٣)؛ فتقدير الله تعالى أولى من تقدير القاضي، وأحسن مستند لتقدير القاضي تقدير الشرع. وإنما ينظر ^(٤) إلى حال الزوج عندنا في العجز والقدرة، لا إلى حالها.

والمُعسر: هو الذي لا يملك شيئاً أصلاً، فعليه مُدٌّ، ولا يزيد. فإن كان قادراً على كسب الزيادة: فإن خرج عن حدِّ استحقاق سهم المساكين بملك مالي، نُظر ^(٥): فإن كثر فهو موسر، وإن كان بحيث لو ألزمنه المدين، أو شك [أن يرجع] ^(٦) إلى حدِّ المساكين: فهو متوسط؛ فعليه مُدٌّ ونصف.

وليس على المكاتب والعبد إلا نفقة المعسرين، وكذلك مَنْ نصفه عبدٌ ونصفه حرٌّ. وقال المزني (رحمه الله): عليه نصف نفقة المعسرين، ونصف نفقة الموسرين ^(٧). هذا حكم المقدار. أما جنس الطعام: فغالب قوت البلد. فإن اختلف، فما يليق بالزوج. وإن كان حال

(١) في (أ): «إذ أوجبه».

(٢) يعني فدية إزالة الأذى في الحج، ويدل عليه الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه (١٦/٤) (٢٧) كتاب «المحصر» (٥) باب قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ، فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ حديث (١٨١٤). ورواه مسلم في صحيحه (٨٦١/٢) (١٥) كتاب «الحج» (١٠) باب «جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى، ووجوب الفدية لحلقه، وبيان قدرها». حديث (١٢٠١) بإسناده عن كعب بن عُجرة قال: إن النبي ﷺ مَرَّ بِهِ، وهو بالحدبية قبل أن يدخل مكة، وهو محرم، وهو يوقد تحت قدر، والقمل يتهافت على وجهه، فقال: أيؤذيكم هوامك هذه؟ قال: نعم، قال: فاحلق رأسك، وأطعم فَرْقًا بين ستة مساكين (والفرق: ثلاثة أصع) أو صُم ثلاثة أيام أو أنسك نسبكة». ورواه الترمذي في سننه (٢٨٨/٣) حديث (٩٥٣) جميعاً من طرق عن مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن كعب بن عُجرة به.

(٣) من الآية (٢٣٦) من سورة (البقرة). (٤) في (أ)، (ب): «وإنما النظر».

(٥) في (أ): «يُنْظَرُ». (٦) زيادة من (أ)، (ب).

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٢).

الزوج يُخالف الغالب ، فهو في محلّ التردد .

الواجب الثاني : الأدم . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : مكيلة زيت أو سمن ^(١) . وهذا تقريب ؛ إذ لا تقدير في الشرع فيه ، وإنما الواجب ما يكفي مع المد أو المدين ، والرجوع في الجنس إلى الغالب / في البلد أو [إلى] ^(٢) اللائق بحال الزوج .

وأما اللحم ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : رطل من اللحم في الأسبوع ، إن كان الواجب مدًا ^(٣) ، ورطلان للمدين ^(٤) . قال العراقيون : بنى الشافعي رضي الله عنه [هذا] ^(٥) على عادة بلدة أَلَفْها ، فإن اقتضت عادة بلدة أخرى زيادةً على ذلك ، فينبغي أن يُزاد . وقال القفال (رحمه الله) : لا زيادة عليه ؛ لأننا نقصر على الأقل [كما] ^(٦) في الطعام .

فرعان

أحدهما : لو كانت تزجي الوقت بالخبز القفار ^(٧) ، فلا يسقط حقها من الأدم ، كما إذا لم تأكل [أصل] ^(٨) الطعام ، فإنها تستحق الطعام .

الثاني : لو تبرّمت بجنس واحد من الأدم ، فيجب على الزوج إبداله على وجه . ولا يجب في وجهه ، بل عليها الإبدال إن شاءت ^(٩) .

الواجب الثالث : الخادمة . وتجب نفقة خادمتها إذا كان منصبها يقتضي أن تُخدم . وإن كان لا يليق بمنصبها - وإنما تُخدم لمرض - فلا يجب ؛ إذ لا تجب أسباب المعالجة . وإن كان بها

(١) انظر الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في الأصل : « مد » وهو خطأ واضح .

(٤) انظر الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٥ ، ٦) زيادة من (أ) .

(٧) أي الخبز بلا إدام . انظر أساس البلاغة ص (٣٧٣) . القاموس المحيط ص (٥٩٧ ، ٥٩٨) . المعجم الوجيز ص (٥١٠) مادة (ق ف ر) .

(٨) زيادة من (أ) . (٩) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٩ / ٤٣) .

زَمَانَةٌ ومرضٌ دائم ، فهي كذلك تحتاج إلى الخادمة ، فهذا يحتمل ؛ لأن هذا العذر الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة .

ثم علي المعسر للخادمة مُدٌّ ، وعلى الموسر مُدٌّ وثلثٌ ، كذلك قاله الشافعي (رضي الله عنه)^(١) . وهو تقريبٌ لا تقديرٌ ، إذ لا تقديرٌ للشرع فيه . نعم ، هو رطلان ، وهو لائق بالعادة في حق الخادمة .

والصحيح : أنه يُنظر إلى كفايتها ، إلا أن هذا القدرُ قدرُ الكفاية في الغالب . وفي استحقاق الأدم وجهان :

أحدهما :^(٢) نعم كالخادمة^(٢) ، ولكن يجوز أن يكون أذمها في الجنس أخسر^(٣) ، وفي المقدار ما يليق بقدر طعامها^(٤) .

والثاني : أنه^(٥) لا تستحق ، بل تكتفي بما تفضله المخدمة في بعض الأحوال .

(١) انظر الأم (٨٩ / ٥) ، مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نعم لها الأدم كالخادمة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أخسر » .

(٤) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٤٤ / ٩) .

(٥) في (أ) : « أنها » .

فروع

الأول : إذا لم تملك الخادمة ؛ فعلى الزوج أن يُخْدِمَهَا جاريةً ، أو حرةً بأجرة تُقَدَّرُ عليه ^(١) ، وعند ذلك لم يكن لها دخلٌ في مقدار نفقة الخادمة ، وإنما يكون ذلك إذا كانت الخادمة لها . وليس عليه أن يشتري لها جاريةً ، بل لو قال : أنا أخدم بنفسي في الطبخ والكنس ، فله ذلك ، لكنها تستحي في الحمام وفي بيت الماء وفي بعض المواضع [فلها الامتناع ؛ صيانةً للمروءة] ^(٢) فيفيد ذلك جوازَ نقصانِ نفقة الخادم لنقصانِ الخدمة ، وعند ذلك يحتمل التشطير أو النظر إلى مقادير الأفعال .

أما إذا قالت : أنا أخدم بنفسي ، فأعطني نفقة الخادمة ، فالظاهر : أنه لا يلزم ؛ لأنها أسقطت مرتبتها ، وإنما تجب النفقة لضرورة بقاء المرتبة .

الثاني : لو كانت ^(٣) لها خادمة ، وأراد الزوج إبدالها بسبب رية ، فله ذلك ، ولا يجوز بغير عُذر ؛ لأنَّ قطع الإلف إضرارٌ . ولو كان معها خُدام ، فله إخراج الجميع إلا واحدةً ، ولا بُالي بقطع الإلف ؛ لأن الدار ملكه ، وليس عليه سُكُنتَاهُنَّ ، بل له أن يمنع أباهَا وأُمَّهَا عن الدخول عليها ، ويمنعها عن الخروج لزيارتها ^(٤) ، ولكنَّ الأولى أن لا يفعل ذلك .

الثالث : لو نكح رقيقةً ، وهي تُخدم لجمالها ؟ ذكر العراقيون وجهين :

أحدهما : أنه لا تجب نفقة الخادمة ؛ لأن الرق يُتَّانِي هذا المنصب ^(٥) .

والثاني : [أنه] ^(٦) تجب ؛ لأن العادة قد تَقْتَضِيهِ .

(١) في (أ) : « يُقَدَّرُ عليها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . وقوله : تستحي في الحمام ، يعني أنها تستحي إذا حمل زوجها الماء من أجلها إلى الحمام ، فإنها تُعَيِّرُ بذلك بخلاف ما لو حملته لها الجارية ، أو صَبَّته عليها .

(٣) في (أ) : « لو كان » . (٤) في (أ) ، (ب) : « لزيارتهم » .

(٥) والمذهب : أنه لا يجب إخدامها ، وبه قطع الأكثرون . انظر الروضة (٩ / ٤٦) .

(٦) زيادة من (أ) .

الواجب الرابع : الكسوة والأثاث . ولا تقدير للشرع فيه ، فإن العادة تختلف فيه اختلافًا يَبْتَأ ، فلا بُدَّ من الكفاية ، وهو خمارٌ وقميص وسراويل ومكعب في الصيف ، ومثل ذلك في الشتاء مع زيادة جبّة .

أما جنسه ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « على الموسر لبُّ البصرة ، وعلى المعسر غليظ البصرة ، وعلى المتوسط ما بينهما » ^(١) وأراد الكرياس ^(٢) . قال العراقيون : إن كان من عاداتها الكتان والحريز ، لزم ذلك عليه ، وتتبع العادة . قال الشيخ أبو محمد : هي لبسة أهل الدين ، والزيادة عليه رعونة ، فلا مزيد عليه .

ولابدَّ مع ذلك من ملحفة وشعار ، ومضربة وثيرة ، ومخدة ، ولبد تحت المضربة أو حصير . وهل لها طلب زليّة ^(٣) تفرشها بالنهار ؟ فيه وجهان . واقتصروا في الفراش على هذا القدر ، ولم يردوه إلى العادة . وهذا يدلُّ على أن الكسوة لا تزداد على ما ذكره الشافعي (رضي الله عنه) .

ولابدَّ من ماعون الدار : كجرة ، وكوز ، وقدر ، ومغرفة ، ويكتفى في جميع ذلك بالخزف والخشب والحجر . وأما النحاسية فطلبُها ترفُّة ، وقد يليق بالشريفة ، فهو كالزيادة على لب الكرياس .

أما الخادمة : فتستحق الكسوة أيضًا ، ^(٤) ولكن تخالف جنسية المخدومة ^(٥) وطعائهما لا يخالف في الجنس وفي إدامها ترددٌ .

الواجب الخامس : آلة التنظيف . وهو المشط والدهن ، وإن طلبت مزيدًا - كالكلحل

(١) انظر الأم (٨٩ / ٥) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) وهو القطن ، وهي كلمة فارسية أصلاً . انظر القاموس ص (٧٣٥) . وفي « المصباح المنير » أنه الثوب الخشن . (٨١٥ / ٢) .

(٣) الزليّة : بساط من صوف ، وجمعه « زلالي » وهي كلمة عربية . انظر : المصباح المنير (٣٩ / ١) . القاموس المحيط ص (١٦٦٧) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولكن تخالف جنس كسوة المخدومة » .

والطبيب - لم يجب . ويجب المَرْتَك (١) لقطع الصَّنَان إن كان بحيث لا يَنْقُطع بالماء والتراب .
وإن قال الزوج : « الدهن للتجمل / وإزالة الوسخ ، ولا أريد التجمل ، وإزالة الوسخ بغيره ممكن » ٢٢٤/ب
فهذا فيه احتمال (٢) .

ولا شك في أن للزوج مَنَعُهَا مِنْ تعاطي [أكل] (٣) الثوم وما يتأذى برائحته الكريهة . وله
مَنَعُهَا من تناول السموم المهلكة . وهل له مَنَعُهَا من الأطعمة الممرضة ؟ فيه وجهان :
أحدهما : نعم ؛ لأن المرض يُفْضِي إلى الموت ؛ كَالسُّم (٤) .
والثاني : لا ؛ لأن ذلك غيب لا يُعْلَم ، وتَبْتِغ ذلك يطول .

وأما الخادمة : فلا تستحق آلة التنظيف ، ولكن إن تلبَّدَ شعرُها بحيث تتأذى به ، فلا بُدَّ من
الشَّغْي في الإزالة .

وأما الدواء في المعالجات ، فلا تستحقه الخادمة والمخدومة جميعًا .

الواجب السادس : الشَّكْوَى . ويجب عليه أن يُشْكِنَهَا دارًا تليق بها : عاريةً ، أو إجارةً ،
أو شراءً ، ولم يُعْتَبَر في القوت والكسوة ما يليق بها ، بل ما يليق به بخلاف المسكن ، وكأنَّ ما
لا بُدَّ فيه من التملك فيُعْتَبَر جائِئُهُ ، وما يُرَاد به الانتفاع ، فيُعْتَبَر ما يليق بها ، والله أعلم (٥) .

(١) شيء يُعالج به الصنان والروائح الكريهة .

(٢) والذي عليه الشافعية هو القطع بوجوب الإجابة إليها . انظر الروضة (٥٠ / ٩) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا أصح الوجهين . انظر الروضة (٥٠ / ٩) . الغاية القصوى (٨٦٩ / ٢) .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) .

الفصل الثاني

في كيفية الإنفاق

أما الطعام فلا بُدَّ فيه من تمليك الحبِّ مع مَثْوَنَةِ الطَّحْنِ ، والخَبْزِ ، وإصلاح اللحم : من الحطب ، والملح ، وأجرة الطباخ . ولها الامتناعُ من قبول الخبز . وليس له أن يُكَلِّفَهَا الأكلَ معه ؛ فإنها لا تتسلط على التصرف ، ونفقتها عوضُ كالمهر .

فروع

الأول : لو أخذت الحبَّ واستعملته بذراً ، فالظاهر : وجوبُ مَثْوَنَةِ الإصلاح ، ويحتمل أن يُقال : الإصلاح تابعٌ ، وليس بركن مقصود ، فلا يستقلُّ .

الثاني : لو كانت تأكل مع الزوج على العادة ، ففي سقوط نفقتها وجهان ، القياس : أنه لا تسقط ؛ لأنه لم يَجْرِ إسقاطٌ ولا اعتياضٌ صحيح ، لكن الأحسن الإسقاط ^(١) إذ لو جرى من امرأة في عصر الصحابة (رضي الله عنهم) طلبُ النفقة للزمان الماضي لَأُسْتُثْنِيَ .

الثالث : لو اعتاضت عن النفقة دراهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : المنع ؛ كالاكتياض عن المُسَلَّم فيه ؛ فإنه عوضٌ .

والثاني : أنه يجوز كقيم المثلَّفات ؛ لأنه لا يتحقق عوضاً ^(٢) .

ولو أخذت الخبز بدلاً عن الحبِّ ، فوجهان مُرْتَبِئَانِ وأوَّلَى بالمنع ؛ لأنه ربَّما ^(٣) . ووجهُ التجويز : أنها كالقابضة لحقِّها ؛ لأنها تركت مَثْوَنَةَ الإصلاح .

الرابع : لها طلب النفقة صبيحة كلِّ يوم ، وليس عليها الصبرُ إلى آخر اليوم . ثم لو ماتت في

(١) وهو الصحيح من الوجهين . انظر الوجيز (١١١ / ٢) . روضة الطالبين (٥٣ / ٩) . الغاية القصوى (٨٦٩ / ٢) .

(٢) وهذا أصح الوجهين . انظر الروضة (٥٤ / ٩) . الغاية القصوى (٨٦٨ / ٢) .

(٣) وهذا هو المذهب ، ولكن قطع البغوي بجواز ذلك ؛ لأنها تستحق الحبَّ وإصلاحه ، وقد فعله الزوج . انظر الروضة (٥٤ / ٩) .

أثناء النهار لا تُسْتَرَد، بل هي تركة لورثتها. ولو نَشَرَتْ في أثناء اليوم اسْتَرِدَّتْ. فلو قَدَّم إليها نفقة أيام، فهل تملكها؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ كتعجيل الدين المؤجل ^(١) .

والثاني : لا ؛ لأن السبب غير مستيقن وربما تموت .

ثم إذا ماتت ، وقلنا : إنها ملكة ، ففي الاسترداد وجهان ، أظهرهما : أنه يُسْتَرَد . ولا خلاف أنه يُسْتَرَد بالنشوز .

أما الكسوة ، فهل يجب التملك فيها؟ فيه وجهان ^(٢) ؛ لتردُّدها ^(٣) بين النفقة والمسكن ^(٤) .

فروع

الأول : لو سلَّم ^(٥) إليها كسوة الصيف ، فتلقت ^(٦) في يدها : يجب الإبدال إن قلنا : إنه إمتاع . وإن قلنا : إنه تملك ، فوجهان ، الظاهر : أنه لا يجب .

الثاني : لو أتلقت بنفسها ، وقلنا : إنه تملك ، فلا تجب الإعادة عليه . وإن قلنا : إنه إمتاع ، فالظاهر : أنه يجب ، ولكن يجب عليها قيمة المتلف .

الثالث : لو ماتت في أثناء المدة ، فيسترد ثيابها إن قلنا : إنه إمتاع . وإن قلنا : إنه تملك فالصنف بالنسبة إلى الثوب ، كالיום بالنسبة إلى الطعام ، فهو تركة . ولا شك في أنه يسترد بالنشوز .

(١) وهذا أصح الوجهين قياساً على تعجيل الزكاة قبل وجوبها ، وعلى الأجرة . انظر الروضة (٩ / ٥٤) .

(٢) والأصح أنه يجب فيها التملك . انظر الروضة (٩ / ٥٥) .

(٣) في الأصل : « لتردهما » .

(٤) قوله : « لتردها بين النفقة والمسكن » أي : لتردد الكسوة بين النفقة التي يجب فيها التملك ، وبين المسكن الذي هو إمتاع لا تملك ، إذ يقصد به الانتفاع دون تملك العين ، وذلك بخلاف الطعام الذي لا يُقصد منه إلا الاستهلاك .

(٦) في الأصل : « فتلف » والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « لو أسلم » .

أما الخادمة : فلا يجب شراؤها والتملك في رقبته . أما التملك في نفقتها ، فكالتملك في نفقة المخدومة ، ولا يتصور هذا في [الرقبة] ^(١) فإنها لا تملك ، ولا في المستأجرة بأجرة ؛ فإنها لا تستحق سوى الأجرة ، بل في التي وعدت الخدمة بالنفقة ، فتستحق التملك ، وإن لم يكن عقد لازم ، ويحتمل هذا لأجل الحاجة في هذا الموضع .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

الباب الثاني

في مُسِقِطَاتِ النِّفْقَةِ

ومسقطُ النفقة ما يمنع عليه الاستحقاق. وفيما تجب به النفقة قولان مُستنبطان من معاني ^(١) كلام الشافعي (رضي الله عنه) :

أحدهما : أنه تجب بمجرد العقد بشرط عدم النشوز ، ولا تجب بالتمكين ؛ بدليل وجوبها للزَّتقاء والمريضة ، فكأن العقد مُوجبٌ ، والنشوز مُسقطٌ .

والثاني : أنها تجب بالتمكين ، على حسب الإمكان ؛ لأن العقد قد أوجب المهر ، فتكون النفقة عوضاً عن التمكين والاحتباس في حالته ^(٢) .

وفائدة القولين تظهر في النزاع ، فإذا تنازعا في النشوز : فإن قلنا : تجب بالعقد ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل عدم النشوز . وإن قلنا : تجب بالتمكين ، فالقول قوله ، ^(٣) وعليها إثبات التمكين ، وكذلك إذا لم يُطالب بالزفاف ، والمرأة ساكنة ، إن قلنا : تجب ^(٣) بالتمكين فلا نفقة لها . وإن قلنا / : تجب بالعقد ، فتجب ؛ إذ لا نشوز منها .

٢٢٥/أ

ولا خلاف أنه تَشَقُّطُ النفقة بامتناع الاستمتاع بسبب من جهتها - لا تكون معذورة فيه - بخلاف المرض والرتق .

والموانع أربعة :

الأول : النشوز . فإذا نشزت يوماً ، لم تستحق نفقة ذلك اليوم . والنشوز في بعض اليوم ، هل يُسقط جملة النفقة ؟ فيه وجهان :

(١) ساقطة من (أ) .

(٢) وهذا القول هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) أن النفقة تجب بالتمكين وليس بمجرد العقد . انظر : الروضة (٥٧ / ٩) . الغاية القصوى (١٧١ / ٢) . مغني المحتاج (٤٣٥ / ٣) .

(٣) غير واضحة بالأصل وواضحة في (أ)، (ب) .

أحدهما : نعم ؛ لأن حكم اليوم الواحد لا يتبعض .
والثاني : أنه يُوزَّع على مقدار الزمان ، إلا إذا [كانت] ^(١) تنشز بالنهار دون الليل أو على العكس ، فإنه يتشطر ، ولا ينظر ^(٢) إلى مقدار الأزمنة .

فروع

الأول : لو خرجت - بغير إذنه - فهي ناشزة . ولو خرجت في حاجته بإذنه فلا . ولو خرجت في حاجة نفسها - بإذنه - ففي نفقتها قولان ، إن قلنا : تستحق بالعقد وتسقط بالنشوز ، فلها النفقة . وإن قلنا بالتمكين ، فلا .

الثاني : مهما طلب الزفاف - فامتنعت بغير عذر - فهي ناشزة . وإن كانت مريضة يضرب بها الوطء ، فهي معذورة ولها النفقة . ولا تسقط بالمرض ؛ لأنه دائم ، ولا تقصير من جهتها . فإن قال الزوج : « سَلَّموها إليّ ولا أطوها » فلا يؤمن ^(٣) في ذلك . وإن أنكر الزوج كون الوطء مُضِرّاً ، فشهد أربع من النسوة ، ثَبَّت . وإن شهدت واحدة فوجهان ، مأخذه : أنه يُجعل إخباراً أم شهادة ؟ ^(٤) . فإن لم تكن بيّنة ، فلها أن تُحلف الزوج على نفي العلم بذلك .

الثالث : إذا نشزت ، فغاب الزوج ، فعادت إلى المسكن ، فهل تعود النفقة ؟ فيه وجهان : أحدهما : أنه ^(٥) تعود بمجرد رجوعها ؛ لزوال المُسْقَط .

والثاني : أنها لا تعود إلى أن ترفع إلى القاضي ، فيحكم بطاعتها ، ويُخبر الزوج حتى يرجع ، أو تنقضي مدة الرجوع ، فإن لم يرجع بعد ذلك وجبت نفقتها ^(٦) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولا نظر » . (٣) في (أ) ، (ب) : « فلا يؤمن » .

(٤) والأصح من الوجهين أنه لا يثبت بشهادة واحدة . انظر الروضة (٥٩ / ٩) .

(٥) في (أ) : « أنها » .

(٦) وهذا الوجه أصحهما . انظر الروضة (٦٠ / ٩) ومغني المحتاج (٤٣٨ / ٣) .

أما إذا ارتدت فلا نفقة لها . فإن عادت ؟ قال العراقيون : تعود النفقة ؛ لأن السبب خفي لا يجب فيه الرفع . وقال المرازقة : هو كالنشوز الجلي .

والجئونة إذا نشزت ، سقطت نفقتها وإن لم تأثم ؛ لِتَعْدِرِ الاستمتاع بسببها .

المانع الثاني : الصَّغَرُ . وفيه ثلاث صور :

أحدها : أن تُزَوِّج صغيرةً من بالغ ، ففي وجوب النفقة قولان :

أحدهما : أنه تجب ، كالمريضة والرتقاء والمستحاضة . وهذا ينطبق على قولنا : ^(١) النفقة بالعقد ^(٢) .

والثاني : أنها ^(٣) لا تستحق ^(٤) ؛ لأن الصغر نوبة معلومة من العمر تنقضي ، وليس هذا كالزَّوْج الذي لا آخر له ، ولا كالمرض الذي هو تارات تضطرب .

الثانية : أن تُزَوِّج بالعةً من صغير ، فقولان مرتبان وأولى بالوجوب ؛ لأن المنع من جانبه . وفيه قول : أنها إن كانت جاهلةً بصغره استحققت وإلا فلا .

الثالثة : إذا زوج صغيرة من صغير ^(٥) ، فقولان مرتبان وأولى بأن لا تجب . ونعني بالصغير أن ^(٦) لا يتأتى منه الجماع دون المراهق الذي ليس ببالغ .

ثم إذا أوجبنا للصغيرة ، لم تختلف بالإجابة إلى الزَّفاف أو السكوت ؛ إذ لا فائدة في الوعد . نعم ، إذا انتهت إلى التهيوُّ للاستمتاع يخرج من النفقة عند السكوت على القولين .

المانع الثالث : التلبُّس بالعبادات . كالإحرام والصوم .

أما الإحرام : فإذا أحرمت ياذنه ، فقد سافرت في غرض نفسها ياذنه ، وقد ذكرنا فيه خلافاً .

(١) في (أ) ، (ب) : « تجب بالعقد » . (٢) ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأظهر كما في الروضة (٦١/٩) . الغاية القصوى (٨٧٢/٢) . مغني المحتاج (٣/١) .

(٤) في (أ) : « كبير » وهو خطأ كما سيتضح بعد قليل .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الذي » .

فإن قلنا : إنها لا تستحق ، ففي استحقاقها قبل الخروج وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الاستمتاع قد امتنع .

والثاني : نعم ؛ لأنها تحت يده ، وقد أُحْزِمَتْ بإذنه ^(١) .

والصحيح : أنه لا فرق بين أن ينهها الزوج عن الخروج أو يرضى به . وحُكي عن القفال (رحمه الله) : أنه إذا نهاها عن الخروج فخرجت ، سقطت النفقة قطعاً .

أما إذا أحرمت بغير إذنه ، ففي جواز تحليلها خلاف ^(٢) . فإن قلنا : لا يُحْلَلُها ، فهي ناشئة من وقت الإحرام . وفيه وجه : أنه لا تسقط نفقتها قبل الخروج ^(٣) . وهو بعيد . وإن قلنا : يُحْلَلُها ، فما دامت مقيمةً فلها النفقة ؛ لأنه قادر عليها . وفيه وجه : أنها لا تستحق ؛ لأن الزوج - وإن قدر على قهر الناشئة - فلا يلزمه ، وربما ترتاع نفسه من قطع الإحرام .

أما الصيام ، فلا تَسْقُطُ نفقتها بصوم رمضان ؛ لأن الليالي عتيدة ، وهذه العبادات ^(٤) تشمل ^(٥) الزوجين ، لا كالأحرام بحجّة الإسلام ، فإنه على التراخي .

أما صوم النوافل ، فللزواج المنع والتحليل . فإن لم يُحْلَلْ ، ففي النفقة وجهان مرتبان على الإحرام وأولى بالوجوب ؛ لأن الاستمتاع مباح سوى الوطء .

وله / تحليل صوم نذرته بعد النكاح . وليس له منعه من الصلوات المفروضة .

أما منعه من رواتب السنن والبدار إلى الفرض في أول الوقت ، ففيه خلاف . والصحيح : أنه لا تَمْنَعُ . ثم صوم عاشوراء وعرفة يجري مجرى الرواتب . أما صوم الاثنين والخميس ، فله منعهما وجهاً واحداً .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٩ / ٦١) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٢) .

(٢) والأظهر من هذا الخلاف أن للزوج تحليلها . انظر الروضة (٩ / ٦١) . الغاية (٢ / ٨٧٢) .

(٣) قوله : « قبل الخروج » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « العبادة » . (٥) في (أ) : « تشمل » .

المانع الرابع : العدة . والمعتدات خمس ^(١) :

الأولى : المنكوحة إذا وُطِئَتْ بالشبهة . فلو حَبِلَتْ ، وقلنا : تستحق نفقةً على الواطئ ، فلا تستحق على الزوج . وحيث لا تستحق على الواطئ ، ففي سقوط نفقة الزوجية خلافٌ ؛ من حيث إنَّ تعدُّر الاستمتاع بسببها ، ولكنها معذورة . والوجه أن يقال : إن كانت نائمةً أو مكرهة - فلها النفقة . وإن مكَّنت على ظنٍّ [أنه زوجها] ^(٢) فلا نفقة ؛ لأن الظن لا يؤثر في الغرامات .

الثانية : المعتدة عن طلاق رجعي ، فتستحق النفقة ، حاملةً ^(٣) كانت أو حائلاً ؛ لأن سَلْطَنَةَ ^(٤) الزوج ^(٥) في الرجعية دائمة . فلو أحبلها الواطئ بالشبهة وتأخرت عدة الزوج ، فإن قلنا : له الرجعة في الحال ، فعليه النفقة . وإن قلنا : لا رجعة ، فوجهان . ومنهم من قال : إن قلنا : لا رجعة فلا نفقة ، وإن قلنا : ترتجع ، فوجهان ، وهذا أفتق ؛ لأنها صارت محبوسةً لغيره .

فرع : لو قال : « طلقْتُكِ قبل وَضْعِ الحمل ، فأنت الآن بائة فلا نفقة لك » فقالت : « بل بعد الوضع ولي النفقة » ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة - وهو يدَّعي السقوط - فعليه الإثبات ، ولا رجعة ؛ لأنها بائة بزعمه .

الثالثة : المطلقة البائة . لها السكنى في العدة ، ولا نفقة لها إلا إذا كانت حاملاً ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٦) .

(١) في (أ) ، (ب) : « والمعتدات خمسة » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « حاملاً » . (٤) في (ب) : « سلطة » .

(٥) في (أ) : « في الرجعة قائمة » .

(٦) اتفق العلماء على أن المطلقة الرجعية ، لها السكنى والنفقة مادامت في عدتها . واتفقوا كذلك على أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً : بثلاث ، أو بخلع ، أو بانء بفسخ - وكانت حاملاً - فلها النفقة والسكنى . انظر : بداية المجتهد لابن رشد (١١١ / ٢) ، والمغني لابن قدامة (٦٠٦ / ٧) .

واختلفوا في المطلقة البائة إذا لم تكن حاملاً :

فمذهب الشافعية : أن لها السكنى في العدة ، ولا نفقة لها . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : المنهاج ص

والنفقة للحمل أو للحامل ؟ فيه قولان :

أحدهما : للحمل ؛ لأنه المتجدد فهي كالحاضنة .

والثاني : للحامل ؛ بدليل أنه تجب مقدراً ، ولا تسقط على الصحيح ^(١) بمضي الزمان ، ولا تختلف بزهادتها ورغبتها ^(٢) .

فرع : الحر إذا طلق زوجته الحامل المملوكة ، فيه قولان يبنيان على أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ لأن الحمل المملوك لو انفصل ، فنفته على السيد ، لا على الأب ، وكذا الخلاف فيما لو طلق الرقيق زوجته الحامل .

الرابعة : المعتدة عن فراق الفسخ الذي لا يستند إليها - كردته مثلاً - فهي كالمطلقة . أما إذا كان الفسخ باختيارها أو بسبب عيها ، فهذا الفسخ لا يشتر المهر ، بل يسقط جميعه ، ففي نفقتها قولان ؛ بناء على أنها للحمل أو للحامل ؟ .

أما الفراق عن جهة اللعان : فهل يضاف إليها ؟ فيه تردد ؛ لأنها منكراً بسبب اللعان ، ولكن لها مدخل في البين ، وإنما تستحق النفقة إذا لم ينفي الحمل . وكذلك الخلاف جارٍ في أن المهر هل يتشطر به ؟ .

فرع : لو أنفقت على الولد المنفي باللعان ، ثم أكذب نفسه : رجعت عليه ؛ لأنها بذلت على

= (١٢٠) . الروضة (٦٦/٩) . الغاية القصوى (٨٧٠/٢) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٩٧، ٢٩٨) . القوانين ص (٢٢٧) . الشرح الصغير (٧٤٠، ٧٤١) .

ومذهب الحنفية : أن لها السكنى والنفقة ، كالمطلقة الرجعية تماماً . انظر : الهداية (٣٢٥/٢) . الاختيار (٨/٤) . الباب (٩٣/٣) .

ومذهب الحنابلة : ليس لها نفقة ولا سكنى ، وعن أحمد رواية : أن لها السكنى فقط . انظر : المقنع ص (٢٦٧) زاد المستقنع ص (١١٨) . دليل الطالب ص (٢٣٩) . المغني (٦٠٦/٧) . الإفصاح (١٧٤/٢) .

(١) قوله : « على الصحيح » ساقط من (أ) .

(٢) وهذا القول أظهرهما ، أن النفقة للحامل بسبب الحمل . انظر الروضة (٦٦/٩) .

ظنُّ الوجوب ، ولها ولاية الاستدانة على الزوج ؛ لقصة هند ^(١) . وفيه وجه : أنها لا ترجع ، وليس لها ولاية الاستدانة [على الزوج] ^(٢) وقصة هند محمولة على قضائه ﷺ وإذنه لها .
الخامسة : المعتدة الحامل عن وطء الشبهة إذا كانت خلية عن النكاح ، فهل تستحق نفقة على الواطئ ؟ إن قلنا : للحمل ، فتستحق . وإن قلنا : للحامل ، فلا تستحق ؛ لأننا إذا قلنا : إنه للحامل ، جعلنا بقاء علقه الحمل كبقاء علقه الرجعة في إيجاب نفقة النكاح واستمرارها وكذلك لا توجب بحمل ^(٣) اللعان قطعاً ؛ لأن الزوج يُنكر احتباسها بحمله .

التفريع

يتفرع على القولين مسائل :

إحداها : أنها لو كانت لا تكتفي بالقدر ^(٤) في مدة الحمل - أعني المطلقة - فهل تُزاد ؟ منهم من قال : إن قلنا : للحمل فتُزاد ؛ لأنه على الكفاية كالحاضنة . وإن قلنا : للحامل ، فوجهان . ووجه الزيادة الحذر من الإضرار ، وأن الحمل لا بد وأن يلتفت إليه . ومنهم من عكس وقال : إن قلنا : للحامل ، فلا تزداد . وإن قلنا : للحمل ، فوجهان ؛ لأننا لا بد وأن نلتفت - في كل قول - على المعنى الآخر ؛ إذ ^(٥) الحق أنه كالمربط بهما جميعاً .

(١) يعني « هنداً » زوجة أبي سفيان أم معاوية (رضي الله عنهم) . وهو يشير إلى قصة أخذها من مال زوجها - بغير علمه - للنفقة على نفسها وأولادها . والحديث رواه البخاري في صحيحه (٤١٨/٩) كما في الفتح (٦٩) كتاب « النفقات » (٩) باب « إذا لم ينفق الرجل ، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف » حديث (٥٣٦٤) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : إن هنداً بنت عتبة ، قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يُعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم . فقال : « خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . ورواه مسلم (١٣٣٨/٣) (٣٠) كتاب « الأفضية » (٤) باب « قضية هند » حديث (١٧١٤) . ورواه أبو داود (٨٠٢/٣) حديث (٣٥٣٢) والنسائي (٢٤٦/٨) . وابن ماجه (٧٦٩/٢) حديث (٢٢٩٣) جميعاً من طرق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (رضي الله تعالى عنها) .

(٣) في (أ) : « لحمل » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٥) في الأصل « إذا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالمقدر » .

الثانية : أنه إن أنفق عليهما ، ثم بَانَ أنه لا حَمْلَ ، فهذا ينبغي على أن التعجيل ، هل كان واجبا عليه ؟ وفيه قولان مبنيان على أن الحمل هل يُعرف ؟ والمصير إلى أنه لا يجب التعجيل لا أعرف له وجهها مع قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(١) . بل ١/٢٢٦ الصحيح : أن الحمل يُعرف بالظنِّ الغالب ، وينبغي عليه تسليم الحلفات لورود الخبر ، وكذلك تُسليم النفقة للآية ؛ فعلى هذا الاسترداد ؛ فإنه ظنُّ أنه واجب . ومن قال : لا يجب التعجيل ، فيقول : إن عجل بشرط الرجوع رجوع ، وإلا فوجهان كنظيره في تعجيل الزكاة .

أما إذا أنفق ، ثم بَانَ فسادُ النكاح : فلا يسترد النفقة وإن كانت حائلا ، لأنها كانت محبوسةً على ظنِّ النكاح ، ^(٢) والنفقة في مقابلة حبسٍ عن نكاح ^(٣) ، والظنُّ في هذا كالحقيقة .

الثالثة : إذا طَلَّقها وهي حاملٌ ، ثم مات : لم تنتقل إلى عدة الوفاة وإن كان بائنا ، بل عدَّتْها بالحمل ، ولا يخرج نفقة بعد ذلك من التركة . فإن قلنا : النفقة للحمل ، فلا تجب النفقة للقريب بعد الموت . وإن قلنا : للحامل ، فهي كالحاضنة ؛ فلا نفقة لها . قال الشيخ أبو علي : إذا قلنا للحامل تجب ، فكأن الطلاق أوجب ذلك دفعةً ؛ ولذلك تستحق هذه المرأة السكنى مع أن عدة الوفاة لا تُوجب السكنى على أحد القولين . ويعتضد هذا بأن علة الحمل جعلناها كعلقة النكاح ، وهي باقية بعد الموت .

* * *

(١) من الآية (٦) من سورة (الطلاق) .

(٢) في (ب) : « والنفقة في مقابلة حبسٍ على ظنِّ نكاح » .

الباب الثالث

في الإعسار بالنفقة

وفي ثبوت حق الفسخ به قولان ^(١) :

أحدهما : نعم ؛ كما يثبت بفوات الاستمتاع بالجِبِّ والعُنَّة ، بل أُولَى ؛ لأنَّ لها طلب النفقة دونَ الوقاع ؛ ولأنَّ الحياة لا تبقى بغير القوت وتبقى دون الوقاع ^(٢) .

والثاني : لا ؛ لأنَّ النفقة تابعة ، ومقصودُ النكاحِ الاستمتاع ، ولا يتعيَّن الزوجُ للنفقة ؛ إذ يحلُّ لها مالُها ، ولا وجه للاستمتاع إلَّا من جهته .

فإن قضينا بثبوت الفسخ ، وَجِبَّ التَّنْظُرُ في أطراف :

الطرف الأول : في العجز . وهو أن لا يملك مالاً ، ولا يقدر على الكسب . فإن ملك ولكن منَع ، وعجزت المرأة والقاضي عن ^(٣) أخذ ماله فطريقان : منهم من طرد القولين ؛ لأن الضرارَّ حاصلٌ . ومنهم من قال : لا ؛ لأن هذا ظلمٌ ، وليس بعيب ^(٤) . فكأن منشأ الخلاف ، أن هذا الفسخ ، لِنَقْصِ الزوج وعيبيه ، أو لتضرُّرها بالنفقة ؟

وإن لم يملك شيئاً ، ولكن قدر على الكسب ، وقلنا : يجبُ عليه الكسبُ لأجل الزوجة

(١) قال الحموي : « قوله في الباب الثالث في الإعسار بالنفقة : (وفي ثبوت حق الفسخ به قولان) .

قلت : المنقول في المذهب أن حقَّ الفسخ ثابتٌ لها قولاً واحداً في النفقة ، وقيل : فيها قولان وعند أبي حنيفة أن حقَّ الفسخ لا يثبت لها ، فعلى هذا القول يكون الذي نقله موافقاً لمذهب أبي حنيفة ولم أرَ أحداً نقل هذا القول في معظم الكتب .

قلت : فإن كان كذلك إلا أن صاحب الحاوي نقل فيه الخلاف دون غيره . مشكلات الوسيط (ق ١٦٥ / ب) .

(٢) والمذهبُ ثبوتُ الفسخ بالإعسار بالنفقة . انظر : الوجيز (١١٤ / ٢) . المنهاج ص (١٢٠) . الروضة (٧٢ / ٩) . الغاية (٨٧٣ / ٢) .

(٣) في الأصل « عند » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهو الأصح عند الشافعية ، أنه لا يثبت لها الفسخ ؛ لِمَتَكِنِّهَا من تحصيل حقها بالسلطان . انظر الروضة (٩ / ٧٢) . المنهاج ص (١٢٠) .

على رأي - فهو كالغني الممتنع .

الطرف الثاني : في المعجوز عنه . وهو القوْثُ بجملته . فأما الأُدْمُ ، فالعجز عنه لا يُسلط على الفسخ في الظاهر . وفي الكسوة والمسكن وجهان ^(١) ؛ لأن النفس تبقى دونهما ، ولكنهما مقصودان ، لا كالأدم فإنه تابع . وكذلك في الإعسار بنفقة الخادم ^(٢) الوجهان ^(٣) . والإعسار بالمهر لا يُوجب الفسخ ، لكن لها منْعُ نفسها إن لم تمكُن مرةً ، فإن مكنت سقط حقُ حبسها ، وقيل بطرد القولين في المهر . وهو بعيدٌ ^(٤) . أما الإعسار بنفقة ما مضى ، فلا يُوجب الفسخ ، بل هو دَيْنٌ مستقرٌّ ^(٥) في ذمته ، فرضه القاضي أو لم يُفرض - أعني به ما يجب فيه التمليك ^(٦) - ؛ فإن الإمتاع لا يمكن تدارك فائتيه ^(٧) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : النفقة لا تستقرُّ في الذمة إلا بفرض القاضي كنفقة الأقارب ^(٨) .

فرع : لو قدر كلُّ يوم على مُدٍّ فلا فسَخَ ؛ لأنه قَوَامٌ . ولو قدر على ثلث مُدٍّ ثبت الفسخ . ولو قدر على نصف مُدٍّ فوجهان . ووجه المنع قولُ رسولِ الله ﷺ : « طعائم الواحد يكفي

(١) المذهب : أنه يثبت خيار الفسخ بالإعسار بالكسوة ، ويثبت بالإعسار بالمسكن على الأصح . انظر : الروضة (٧٥/٩) . الغاية (٨٧٣/٢) . المنهاج ص (١٢٠) .

(٢) في (ب) : « الخادمة » .

(٣) لا يثبت الخيار بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص ؛ لأنه ليس ضرورياً . انظر : الروضة (٧٥/٩) . الغاية (٨٧٣/٢) .

(٤) والأظهر - في الفسخ بالإعسار بالمهر - أنه يثبت قبل الدخول لا بعده . انظر الغاية (٨٧٣/٢) . المنهاج ص (١٢٠) .

(٥) في (ب) : « يستقر » . وذلك كالنفقة .

(٦) وذلك كالمسكن ، فإنه يُقصد به الإمتاع لا التمليك .

(٨) مذهب الشافعية : أنه لو ترك الزوج الإنفاق على زوجته مدةً ما ، فلا تسقط بمضي الزمان ، ولكن تصير ديناً في ذمته ، سواء فرضها القاضي أم لا . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وعن أحمد رواية : أن النفقة لا تثبت إلا بفرض القاضي . انظر : الوجيز (١١٤/٢) . الروضة (٧٦، ٧٥/٩) . القوانين الفقهية ص (٢٢٨) . الشرح الصغير (٧٤٣/٢) . المقنع ص (٢٦٩) . زاد المستقنع ص (١١٨) . شرح السنة للبخاري (٣٢٦/٩) . الإفصاح (١٨٢/٢) . المغني لابن قدامة (٥٧٨/٧) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تستقر نفقة المدة الماضية إلا إذا فرضها لها القاضي ، أو صالحته على مقدارها . انظر : الهداية (٣٢٢/٢) . الاختيار (٦/٤) . اللباب في شرح الكتاب (٩٧/٣) .

الاثنين» ^(١) وكأنَّ الاجتزاء بنصف المدِّ ممكنٌ ، وبثلثه لا .

الطرف الثالث : في حقيقة هذا الدفع . ولا شك في أن الدفع بالجِبِّ والعُتَّة فسخٌ ، والدفع في الإيلاء طلاق ، وهذا ^(٢) دائرٌ بينهما ؛ فاختلفوا فيه . فإن قلنا : إنه طلاقٌ ، فلا بُدَّ من الرفع إلى القاضي حتى يَحْبِسَهُ لِيُطَلَّقَ أو يُتَّفَقَ . فإن لم يطلق : طَلَّقَ القاضي طَلَقاً رجعيةً ، ولا بُدَّ من العدة وإن لم تكن النفقة حقًّا لله تعالى . فإن راجعها ، طلق القاضي ثانياً إلى أن تتمَّ الثلاث .

فإن قلنا : إنه فسخٌ ^(٣) ، فلا بد من الرفع لإثبات الإعسار ؛ فإنه متعلِّقٌ بالاجتهاد . ثم إذا ثبت ^(٤) فلها تعاطي الفسخ .

فإن فسخت دون الرفع - لعلمها بإعساره - لم ينفذ ظاهراً ، وهل ينفذ باطناً حتى لو ^(٥) اعترف الزوج أو قامت البينة ^(٦) تبين نفوذه واحتساب العدة ^(٧) من ذلك الوقت ؟ هذا فيه ترددٌ . ولا خلاف أنه ينفذ ظاهراً إذا لم يكن في الناحية حاكمٌ أو عجزت عن الدفع .

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٦٣٠) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣٣) باب « فضيلة المواساة في الطعام ... » حديث (٢٠٥٩) بإسناده عن جابر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « طعام الواحد يكفي الاثنين ، وطعام الاثنين يكفي الأربعة ، وطعام الأربعة يكفي الثمانية » . ورواه ابن ماجه في سننه (٢ / ١٠٨٤) حديث (٣٢٥٤) عن جابر أيضاً ، ورواه برقم (٣٢٥٥) عن عمر بلفظ آخر .

ورواه البخاري (٩ / ٤٤٥) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (١١) باب « طعام الواحد يكفي الاثنين » حديث (٥٣٩٢) بلفظ . « طعام الاثنين كافي الثلاثة ، وطعام الثلاثة كافي الأربعة » . ورواه مسلم أيضاً (٣ / ١٦٣٠) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣٣) باب « فضيلة المواساة في الطعام ... » حديث (٢٠٥٨) . والترمذي في سننه (٤ / ٢٣٥) حديث (١٨٢٠) ثلاثتهم من طرق عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة به مرفوعاً .

(٢) يعني فرقة الإعسار بالنفقة .

(٣) وهذا هو الصحيح ، أن فرقة الإعسار بالنفقة فسخ وليس طلاقاً .

(٤) أي الإعسار بالنفقة . (٥) في (أ) : « إن » .

(٦) في (أ) : « بينة » .

(٧) في (أ) : « المدة » وهو صحيح أيضاً ؛ لأن المقصود مدة العدة .

الطرف الرابع : في وقت الفسخ . والطلبة بالنفقة تتوجّه صبيحة اليوم ، ولكن لو استمهل المعسر ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يُمهّل ثلاثة أيام حتى يتحقق عجزه ^(١) .

ب/٢٢٦

والثاني : أنه / لا يُمهّل .

وعلى هذا ، فلا خلاف أنها لا تُبادر الفسخ صبيحة اليوم ؛ فإن أكثر الناس يكسبون قوت اليوم في اليوم . ولكن إلى متى التأخير ؟ يحتمل أن يقال : إلى وسط النهار ، فإن تأخير الطعام عنه غير معتاد ، ويحتمل أن يقال : إلى الليل ، وبياض النهار فيتسع للكسب ^(٢) . ويحتمل أن يقال : حتى ينقضي يومٌ وليلة ؛ إذ به يستقر الحق ، فإن النفقة لليوم والليلة . فيرجع هذا إلى أنه يمهّل يومًا واحدًا . نعم ، لو أقر صبيحة اليوم بأني عاجزٌ ولست أتوقع اليوم شيئًا ، فيحتمل أن يقال : لها المبادرة بالفسخ ، ويحتمل أن يقال : يُمهّل إلى تحقّق العجز بانقضاء اليوم ^(٣) .

فرع : لو كان ^(٤) يعتاد الإتيان بالطعام ليلاً ، فلها الفسخ ؛ لأن هذا صيام الدهر . نعم ، لا يثبت بوقوع ذلك مرةً أو مرتين ، وليس ما يُحتمل نادرًا يُحتمل دائمًا .

ويتفرّع على قول الإمهال مسائل :

أحداها : أنه لو جاء بالنفقة صبيحة اليوم ^(٥) الرابع لليوم الرابع ^(٥) فلا فسخ ، وما مضى دَينٌ في الذمة . وليس لها أن تقول : أقبض هذا عن الماضي ، وأفسخ في الحال ؛ لأنّ التعويل على قصد المؤدّي . فلو عجز في اليوم الخامس فلها الفسخ ، ولا تستأنف المدة على الظاهر إلا أن يكون قد استغنى بمال يدوم في الغالب ، ولكن تلف بعارض ، فيجعل كأنّ الإعسار الماضي لم يكن . ولو

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الوجيز (١١٥/٢) المنهاج ص (١٢٠) الروضة (٧٧/٩) . الغاية (٨٧٣/٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « متسع الكسب » وهو أليق وأوضح .

(٣) وهذا هو الأرجح كما في الروضة (٧٧/٩) .

(٤) في الأصل « لو كانت » والأولى ما في (أ) ، (ب) وهو ما أثبتته .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

قَدَرَ في اليوم الثالث وعجز في الرابع ، فيكمل الثالث باليوم الرابع ، ولا تُستأنف ، وقيل : إنه تستأنف ؛ لأن القدرة الطارئة قطعت المهلة . وهو ضعيف ؛ لأن الزوج يتخذ ذلك عادةً ، فيُنْفِق يوماً ويترك يومين ^(١) .

الثانية : المبادرة صبيحة الرابع جائز ، ولا يمهل إلى بياض النهار . نعم ، اليوم الخامس يُجعل كالיום الأول على قول مَنْ ترك الإمهال حتى يمهل إلى بياض النهار ، ثم يفسخ حيث يقول : لا تستأنف المدة .

الثالثة : إذا رضيت بعد انقضاء المدة ، فلها العود إلى الطلب . قال الصيدلاني : تُستأنف المدة بخلاف امرأة المؤلي ؛ لأن مدة الإيلاء مضروب شرعاً ، وهذه تُضرب بطلبها ، فتسقط برضاها . وإنما جاز لها الرجوع بخلاف زوجة العَيْن ؛ فإن هذا صَبْرٌ على ضرار يُتَوَقَّع زواله ، والغتة عيبٌ ، وهي في حكم خصلة واحدة ، والإعسار في كل يوم متجددٌ . ولو قالت : رضيت به أبداً ، فلها الرجوع إلى الطلب ، كما لو نكحته وهي عالمة بإعساره ، فلها ذلك ؛ لأن هذا وعدٌ بالصبر على ضرار ^(٢) ، والضرار متجددٌ ، فالحق متجددٌ .

الطرف الخامس : فيمن له حق الفسخ . وهي الزوجة خاصة ؛ فلا يثبت لولي المجنونة والصغيرة الفسخ بالإعسار وإن كانت صانعة ؛ لأن الفسخ رَفْعٌ للنكاح ، وهو متعلق بالطبع كالطلاق ، فلا تجري فيه التيابة .

أما الأمة : فإن كانت صغيرة أو مجنونة ، فهل للسيد فسخ نكاحها بالإعسار ؟ فيه وجهان ^(٣) ، ووجه الجواز : أن السيد ذو حق في النفقة ، فإنه الذي يدخل في ملكه وله إبداله بغيره . وإن كانت مستقلة فهي صاحبة الحق ، ولها الفسخ دون رضا السيد . فإن ضمن السيد النفقة لم يسقط حقها ؛ كما لو تبرع أجنبي بالنفقة ، وفي ضمان السيد احتمالٌ .

أما إذا رضيت بإعساره ، فليس للسيد الفسخ ، لكن يقول للجارية : افسخي أو اصبري على الجوع ، وليس عليه النفقة . وذكر الشيخ أبو علي وجهين مرتبين على الصغيرة ، وأولى بأن لا

(١) في الأصل « يومان » وهو خطأ واضح . (٢) وهو لا يجب الوفاء به .

(٣) والأصح أنه ليس له الفسخ بالإعسار . انظر الروضة (٩ / ٧٩) .

يفسخ هاهنا ؛ لاستقلالها .

ثم اعلم أن الملك في النفقة للسيد ، ولكن لها حق التوثيق بها ، حتى لا يجوز للسيد النفقة إلا بعد تسليم البذل ، ولا يجوز له الإبراء عن النفقة وكأنه مرهونٌ بحقها ككسب عبد التجارة ، فإنه كالمرهون بنفقته لاقتضاء العرف ذلك . وللأمة طلبها من الزوج ، فإذا أخذت دخل في ملك السيد ؛ لأنها كالمأذونة عرفاً وشرعاً بالتزويج .

هذا كله تفريع على قولنا : إن الإعسار يُثبت الفسخ . فإن قلنا : لا يُثبت ، فهل يرتفع عنها حبسُ المسكن ؟ فيه خلاف للأصحاب ^(١) . والقياس : أن لا يرتفع إلا إذا عجزت عن نفقة نفسها إلا بالخروج ، ولكن الخبر يدل على الجواز ؛ إذ نُقِلَ في الخبر أنه فَرَّقَ بين المرأة وزوجها المعسر ^(٢) ، فإن لم يحمل على التفريق في العقد ، فلا بد من حملِه على التفريق في المنزل . ولها المنع من الوطء إن لم تكن قد مكثته من قَبْل ^(٣) ، وعلى قول ثبوت الفسخ : يبطل حق الفسخ ^(٤) في مدة الإمهال . وفيه وجهٌ .

(١) قال في الروضة : « إذا قلنا : لا يُثبت ، فلها الخروج من المسكن لطلب النفقة إن احتاجت إليه لتحصيلها ، وكذا لو أمكنها أن تنفق من مالها في المسكن ، أو أن تكسب بغزل ونحوه في المسكن على الأصح ، ولها منعه من الوطء على الأصح » . (٨١ / ٩) . وانظر المنهاج ص (١٢٠) . والوجيز (١١٥ / ٢) .

(٢) هذا الخبر مروى عن سعيد بن المسيب ، رواه الشافعي في الأم (١٠٧ / ٥) بإسناده عن سفيان عن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، قال : يُفَرَّقُ بينهما . قال أبو الزناد : قلت : سُنَّةٌ ؟ قال سعيد : سُنَّةٌ . ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار من طريق الشافعي (٢٨٣ / ١١) . والدارقطني في سننه (٢٩٧ / ٣) . وهذا الخبر مرسل قوي كما قال الحافظ ابن حجر . انظر سبل السلام (١١٦٩ / ٣) .

وقد ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد (رحمهم الله) إلى موجب هذا ، فأثبتوا للمرأة جواز الفسخ بالإعسار بالنفقة . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا يثبت لها الفسخ ، ولكن يرفع يده ؛ عنها لتكتسب . انظر : رحمة الأمة ص (٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٥٧٣ / ٧) .

(٣) قال في الروضة (٨١ / ٩) : « شرط الغزالي فيه كونها لم تُمَكِّن من قبل ، ولم يشترطه الأكثرون » .

(٤) في الأصل « الحبس » والمثبت من (أ) ، (ب) .

السَّبَبُ الثَّانِي

التَّفَقُّةُ لِلْقَرَابَةِ (١)

(وفيه ثلاثة أبواب /)

البَابُ الْأَوَّلُ

في شرائط الاستحقاق ، وكيفية الإنفاق

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في شرائط الاستحقاق

والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ الآية (٣) . وقصة هندية معروفة (٣) . ولا تُستحقَّ عندنا إلا بقرابة البعضية (٤) ؛ فتجب للفروع والأصول مع اختلاف الدين واتفاقه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تجب بالمحرمية ، وأثبت للإخوة (٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « السبب الثاني للتفقة : القرابة » .

(٢) من الآية (٢٣٣) من سورة (البقرة) .

(٣) أي قصة هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان وهي أم معاوية (رضي الله عنهم) ، وقد سبق حديثها قريبا .

(٤) في (ب) : « العصبية » وهو خطأ .

(٥) مذهب الشافعية : أن النفقة تجب بقرابة البعضية ؛ فتجب على الوالد للولد ، والعكس . وسواء فيه الأب والأم ، والأجداد والجدات وإن علوا ، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا ، الذكر والأنثى ، والوارث وغيره ، والمسلم والكافر من الطرفين . ولا يلحق بالأصول والفروع سائر الأقارب ، كالأخ والأخت ، والعم والخال ، والعمة والخاله وغيرهم . انظر : الوجيز (١١٦/٢) . المنهاج ص (١٢٠) . الروضة (٨٣/٩) .

ومذهب الحنفية : أن على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته - إذا كانوا فقراء - وإن خالفوه في دينه . =

ثم يُشترط في الاستحقاق إعسارُ المُنْفَق عليه وَيَسَارُ المُنْفِق .

أما المُنْفَقُ عليه ، فهل يُشترط مع الإعسار عجزه عن الكسب ؟ إن كان طفلاً لم يُشترط ، وإن كان بالغاً - وكان فَرْحاً - ففيه وجهان ^(١) . وإن كان أباً أو جَدًّا ففيه طريقتان : منهم من قطع بأنه ^(٢) لا يُشترط ، لأن تكليف الابن أباه - الكسب مع الثروة - غَضُّ من منصب الأبوة ^(٣) ، ومنهم من طرد القولين :

أحدهما : أنه يُشترط ؛ إذ يُخرج بالقدرة ، عن المشككة واستحقاق سَهْم المساكين ، فكذلك النفقة .

= ولا تجب النفقة - مع اختلاف الدين - إلا للزوجة والأبوين ، والأجداد والجندات ، والولد ، وولد الولد . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني . والنفقة واجبة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً ، أو كانت امرأة بالغة فقيرة ، أو كان ذكراً بالغاً فقيراً ، زَمِناً أو أعمى ، وذو الرحم المحرم كالإخوة والأخوات ، والأعمام والعَمات ، والأخوال والخالات ، ولا تجب النفقة لرحم ليس بمحرم . انظر : الهداية (٣٢٨ ، ٣٢٧ / ٢) . الاختيار (١١ / ٤) . فتح القدير (٤١٩ / ٤) .

ومذهب المالكية : أنه لا يجب على الإنسان نفقةً على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء ، والأبوين ، إذا كانا فقيرين لا يقدران على الاكتساب ، مسلمين كانا أو كافرين . ولا يلزم الإنفاق على جد ولا على جدة ، من قبل الأب ولا من قبل الأم ، ولا على أحد من الإخوة وسائر ذوي المحارم ، ولا على بني البنين ولا على بني البنات . انظر : الكافي ص (٢٩٨ ، ٢٩٩) . القوانين الفقهية ص (٢٢٧ ، ٢٢٨) . حاشية الدسوقي (٥٢٢ / ٢) .

ومذهب الحنابلة : أنه يجب على الإنسان نفقة والديه وولده بالمعروف ، إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم ، فاضلاً عن نفقة نفسه وامراته . وكذلك يلزمه نفقة سائر آبائه وإن غَلَوْا ، وأولاده وإن سفلوا .

وكذلك يلزمه نفقة كل من يرثه بقرضٍ أو تعصيبٍ ممن سواهم ، وسواء ورثه الآخر أم لا ، كعمته .

وأما ذوو الأرحام ، فلا نفقة عليهم . ولا نفقة بقرابة مع اختلاف الدين ولو من عمودي النسب ؛ لعدم التوارث إلا بالولاء ، فتلزم النفقة المسلم لعتيقه الكافر ، وعكسه ؛ لإرثه منه . انظر : المقنع ص (٢٦٩ ، ٢٧٠) . زاد المستقنع ص (١١٩) الدليل ص (٢٤٠) . الروض المربع ص (٤١٦) . المغني (٥٨٣ / ٧ ، ٥٨٦) .

(١) ولا تجب نفقته على المذهب ، سواء فيه الابن والبنت . الروضة (٨٤ / ٩) . وفي (أ) : « ففيه قولان » .

(٢) في الأصل : « بأن » والمثبت من (أ) .

(٣) وهذا هو الأظهر ؛ فتجب نفقته . الروضة (٨٤ / ٩) .

والثاني : أنه لا يشترط ، كما في الطفل والمراهق ؛ ولأن هذا مبني على المجاملة بخلاف الزكاة ، ويُفحب تكليف الكسب مع اتساع مال الأب أو الابن .

فإن قلنا : يُشترط ، فهل يُشترط أن يكون زَمَنًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن القادر لا يُعجز عن أن يصير أجيرًا وإن لم يُعرف حِرْفَةً ، فيكتسب بوجه .

والثاني : لا يُشترط ذلك ، بل يكفي أن لا يقدر على حِرْفَةٍ تُلبيق بمنصبه . أما ما لا يليق به فلا يُعتبر . وهذا أَعْدَلُ ^(١) . وعلى هذا ، إذا قدر على اكتساب بعض النفقة ، فلا يَسْتَحِقُّ إلا القدر المعجوز عنه .

وأما حِلُّ السُّؤال للكسُوب ، ففيه خلافٌ للأصحاب . وظاهرُ الأخبار تدلُّ على تحريمه ؛ فقد ورد فيه تشديدات ^(٢) . وبالجملـة : أَخَذَ المال من القريب أهونُ من السُّؤال . ^(٣) فعلى الجملة إذا سأل فلا يُذِلُّ نفسه ، ولا يُؤْذِي المسئول ، ولا يُلْخِص في السُّؤال ^(٤) .

وأما يَسَارُ المنفق ، فعني به أن يُفْضَلَ عن قوت يومه شيء ، حتى يُباع في نفقة القريب ^(٥) كلُّ

(١) قال في الروضة (٨٥/٩) ما نصه : « ورأوا الأعدل الأقرب : الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الأكساب . وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكسب وحمل القاذورات وسائر ما لا يليق به . وهذا حسن » .

(٢) ورد في ذلك عدة أحاديث ، منها : ما رواه أبو داود في سننه (٢٨٥/٢) (٣) كتاب « الزكاة » (٢٣) باب « مَنْ يُعْطَى من الصدقة ، وحد الغني » حديث (١٦٣٤) قال رسول الله ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني ، ولا لذي مِرَّة سَوِي » ورواه الترمذي (٤٢/٣) (٥) كتاب « الزكاة » (٢٣) باب « ما جاء فيمن لا تحل له الصدقة » حديث (٦٥٢) . ورواه أحمد في مسنده (١٦٤/٢) حديث (٦٥٣٠) جميعاً من طرق عن ربحان بن يزيد عن عبد الله بن عمرو به .

ومنها ما رواه مسلم في صحيحه (٧٢٠/٢) (١٢) كتاب « الزكاة » (٣٥) باب « كراهة المسألة للناس » حديث (١٠٤١) قال رسول الله ﷺ : « من سأل الناس أموالهم تَكْثُرًا ، فإِنما يسأل جُمْرًا ، فَلْيَسْتَقِلْ أَوْ لِيَسْتَكْثِرْ » . ورواه ابن ماجه (٥٨٨/١) حديث (٨٣٨) . ورواه أحمد في مسنده (٢٣١/٢) حديث (٧١٦٣) جميعاً من طرق عن محمد بن فضيل عن عمارة عن أبي زرعة عن أبي هريرة مرفوعاً به .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٤) أي يباع من أجل النفقة على القريب .

ما يُتباع في الدِّين - من عقار وعَبْدٍ - وإن كان يَبِيعُ العبدَ يَرُدُّه إلى أن يتعاطى أعمالاً لا تليق بمنصبه ، ولكن يجب عليه أن يتفق على أبعاضه كما يتفق على نفسه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُتباع عقارُه فيه ^(١) .

أما المفلسُ الكسوب ، فهل يجبُ عليه الكسبُ والإنفاقُ على قريبه العاجز الزَّمن ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب كما لا يجب لأجل الدِّين .

والثاني : أنه يجب ^(٢) ؛ لأن الدِّين من العوارض ، وحاجاتُ الأبناء ^(٣) منوطةٌ بالآباء ، فكيف يجوز تضييعُهم مع القدرة ؟! وقد قال ﷺ : « كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَعْول » ^(٤) .
وهذا خلافُ جارٍ ^(٥) في الكسب لأجل الزوجة ، وأنه هل يجب [ذلك] ^(٦) .

(١) انظر قوله (رحمه الله) في الهداية (٣٢٩ / ٢) والاختيار (١٣ / ٤) .

(٢) وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذا أصله وفرغه . انظر الروضة (٨٤ / ٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأولاد » .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٣٢١ / ٢) (٣) كتاب « الزكاة » (٤٥) باب « صلة الرحم » حديث (١٦٩٢) بإسناده عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ : « كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يَضَيِّعَ مَنْ يَعْول » . وقوله : « من يعول » يعني مَنْ يَلْزِمُهُ قَوْلُهُ . ورواه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمرو أيضًا مرفوعًا بلفظ « كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يَخَيِّسَ عَمَّنْ يَمْلِكُ قَوْلَهُ » .

(٥) في (أ) : « وهذا الخلاف جارٍ » .

(٦) زيادة من (أ) . ثم المذهب أنه يجب الاكتساب من أجل نفقة الزوجة . انظر الروضة (٨٤ / ٩) .

الفصل الثاني

في كيفية الإنفاق

ولا تقدير في نفقة القريب ، بل هو على الكفاية . وإنما يجب ما يذراً ألّم الجوع ، وثقل البدن ، لا ما يُزيل تمام الشهوة [والتهمة] ^(١) وكذلك يجب في الكسوة الوسط مما يليق به ، وهو إمتاع ؛ إذ تسقط بمرور الزمان إذا لم يفرضه القاضي بخلاف نفقة الزوجة . وفي نفقة الصغير وجه بعيد : أنه ^(٢) لا تسقط بمرور الزمان تبعاً للزوجة ، فإنّ عنايتها بولدها كعنايتها بنفسها .

فروع

الأول : يستحق الأب مع النفقة الإعفاف ، وكذلك لو كان كسوباً وكسبه لا يفي إلا بنفسه ، فيستحق ذلك على أظهر الوجهين ^(٣) ، ولكن لا يجب إلا نفقة زوجة واحدة ، فإن كان له زوجتان سلّم إليه ^(٤) نفقة زوجة واحدة ^(٥) ، ثم يقسّم هو عليهما .

الثاني : إذا منع الأب النفقة ^(٦) ، فهل للأُم أخذ النفقة من ماله دون إذنه ؟ فيه وجهان ^(٧) ، مأخذهما : التردّد في أن إذن الرسول ﷺ لهنيء ، كان شريعاً أو قضاءً ؟ . ولو استقرضت عليه فوجهان مرتبان وأولى بالمنع . ولو أنفقت من مال نفسها فوجهان مُرتبان وأولى بالمنع ؛ إذ تكون مُقرضةً ومُستقرضةً . ولو كان للطفل مالٌ فأرادت الإنفاق عليه من ماله - من غير مراجعة القاضي - فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز .

الثالث : القريب يرفع أمره إلى القاضي ولا يستبدّ بالاستقراض ، فإن عجز عن القاضي فاستقرض ؟ فيه وجهان ^(٨) .

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « أنها » .

(٣) في (أ) : « القولين » . (٤) في (أ) : « نفقة واحدة » .

(٥) في (أ) : « إذا امتنع الأب » .

(٦) وأصح هذين الوجهين أن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه . انظر الروضة (٨٧ / ٩) .

(٧) انظر الروضة (٨٧ / ٩) .

فإن كان الأب الموسر غائبا والجدّ حاضرا ، فعلى القاضي أن يأمر الجدّ بالإنفاق بشرط الرجوع ، إلا أن يتبرع . وإن استقلّ ، فالظاهر : أنه لا يرجع إلا إذا عجز عن القاضي ، ففي رجوعه وجهان .

الرابع : يجب على الأم أن تُرضع ولده اللبأ^(١) إذ يقال : إنه لا يعيش دونه . ثم الأجرة على الأب^(٢) إن كان له أجرة ، وكذلك في الإرضاع ؛ لأن النفقة على الأب^(٣) وليس عليها الإرضاع إن وجدّ غيرها . وإن لم توجد إلا واحدة - ولو أجنبية - وجب / عليها ؛ لأنه من فروض ٢٢٧ ب/ الكفايات . ومهما رغبت فهي أولى ، فلا يُقدّم عليها الأجنبية ؛ رعايةً لجانبها وجانبِ الطفل ؛ لزيادة شفقتها .

فإن تبرعت الأجنبية - وطلبت الأم الأجرة - فقولان^(٣) ، حاصلهما ترددّ في أنه هل يجب على الأب تحصيل زيادة هذه الشفقة للطفل ، ودفع الضرر^(٤) عنها بمال ؟

هذا إذا لم تكن في نكاحه ، فإن كانت في نكاحه فللزوجة منعه من الإرضاع لأجل الاستمتاع . وفيه وجه : أن منعه من الإرضاع إضرارٌ بها وبالطفل ، فيقدّم حقّها . ولا يتجه هذا إلا إذا كان الولد من الزوج ، فإن كان لغيره فيقدّم استمتاع الزوج .

* * *

(١) اللبأ - يوزن « العنب » - هو أول ما يحلب بعد الولادة من اللبن . انظر المصباح المنير (٨٤٥/٢) . المطالع على أبواب المقنع ص (٣٦٠) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وأظهر هذين القولين : أن له انتزاع الولد من الأم وإعطاءه للأجنبية المتبرعة . انظر الروضة (٨٩/٩) . والمنهاج ص (١٢٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ضرر » .

الباب الثاني

في ترتيب الأقارب عند الاجتماع

والنظر في أطراف أربعة :

الأول : في اجتماع الأولاد . وفيه طريقان :

أحدهما : أن التقديم للقرب ، حتى يقدم القريب المحروم من الميراث - كبنت البنت - على البعيد الوارث كبنت ابن الابن . فإن تساوتا في القرب وأحدهما وارث - كبنت بنت ، وابنة ابن ^(١) - ففي تقديم الوارث وجهان . فإن اعتبرنا الإرث وتفاوتا في القدر ، فهل توزع على المقادير أو يُسوى ؟ فيه وجهان . ومثاله : الابن والبنت .

الطريقة الثانية : أن الإرث مُقدَّم ^(٢) . فلو تساوتا ^(٣) في الميراث ، وقُضِيَ بالتساوي ؛ لتساويهما في أصل الميراث ، لا في قدره في كل موضع ذكرنا التساوي فيه ، كبنت وابن ابن ^(٤) : فعند ذلك يُقدَّم الأقرب [فالأقرب] ^(٥) . وإن تساويا [فيهما] ^(٦) يوزع عليهما . وفيه وجه : أنه يقدم بالذكورة ، فيقدم الابن على البنت ؛ لأنه مكتسب ، والنظر إلى الإرث ضعيف مع وجوبها على من لا يرث ، وعند اختلاف الدين .

الطرف الثاني : في اجتماع الأصول . والأب مُقدَّم على الأم في الصغر . وبعد البلوغ وجهان :

أحدهما : الأب ؛ استصحاباً ^(١) .

(١) في (أ) ، (ب) : « بنت ابن » .

(٢) في (ب) : « يقدم » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) أيضاً .

(٦) وهذا هو الصحيح أنها على الأب . انظر الروضة (٩ / ٩٢) .

والثاني: أنهما أصلان، وكأنَّ ذلك كان من أثر الولاية في الصغر. وعلى هذا، هل يتفاوتان كتفاوت الإرث أم لا؟ فيه وجهان.

أما الأجداد والجدات، فالقريب مقدَّم على البعيد المدلي به. فإن اختلفت الجهة، فخمسة طرق^(١):
طريقتان ذكروناهما في الأولاد.

الثالثة: أن يقدم بولاية المال، ويدلُّ عليه تقدُّم الأب على الأم. فإن استويا، فمن يدلي بوليٍّ فهو أولى، فإن استويا فالأقرب أولى، وهو اختيار المسعودي^(٢).

الرابعة: تُعتبر الذكورة^(٣)، فالذكر أولى، فإن استويا فالمدلي بالذكر أولى، فإن استويا فالأقرب [أولى]^(٤)، وعلى هذا، الأب اليهودي - وإن لم يكن وليًا - فهو أولى؛ إذ تُرعى الجهة المفيدة للولاية لا نفس الولاية.

الخامسة: النظر إلى الإرث والاكتساب - أعني الذكورة - فإن وُجدَ فيهما أو عُدِم، أو وُجد في أحدهما الذكورة، وفي الآخر الورثة: استويا. وبعد ذلك يقدَّم بالقرب، وخاصةً هذه الطريقة بجبر الذكورة والإرث كلُّ واحدٍ لصاحبه. وجميع هذه الطرق تجري بين الأولاد إلا اعتبار الولاية؛ لأنَّ المرجحات أربعة: الولاية، والقرب، والإرث، والذكورة. ولنذكر ثلاث صور لشرح هذه الطرق:

صورة الأول: أب أب وأم. من اعتبر القرب قدَّم الأم، ومن اعتبر الإرث نصَّ عليهما،^(٥) إما متساويًا أو متفاوتًا^(٥). ومن اعتبر الولاية - أو الذكورة - قدَّم الجد. وقيل: للشافعي (رضي الله عنه) نصٌّ على أنَّ أب الأب أولى من الأم، ولم يُصحَّحه الأئمة.

صورة الثانية: أب أب، وأب أم. من راعى القرب سوى. ومن راعى الإرث أو الولاية أو

(١) والأرجح اعتبار القرب كما في الروضة (٩٢/٩).

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي.

(٣) في (أ)، (ب): «الذكورية».

(٤) زيادة من (ب).

(٥) في (أ)، (ب): «إما متساويان أو متفاوتان».

الذكورة ، والإدلاء بها : قدّم أب الأب .

صورة الثالثة : أم أب أب ، وأب أم . من راعى القرب أو الذكورة ، قدم أب الأم . ومن راعى الإرث قدم أم أب الأب .

الطرف الثالث : في اجتماع الأصول والفروع . وفيه مسائل :

إحداها : للفقير أب وابن موسران ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : الأب أولى ؛ لأنه ولي ، فهو أولى بالتربية ، إذ يُستصحب حال الصّغر .

والثاني : الابن أولى ؛ لأنه أولى بالخدمة ^(١) .

والثالث : أنهما يشتركان .

ثم هل يتفاوتان لأجل الإرث ؟ فيه الوجهان .

الثانية : ابن وجد . قيل : الجد أولى ؛ لأنه كالأب ، وقيل : الابن أولى للخدمة والقرب ^(٢) .

الثالثة : ابن وأم . قيل : هي كالأب ؛ لأنها أصل . وقيل : الابن أولى قطعاً .

وعلى الجملة تعود الطرق ، وإنما يزيد هاهنا أنّ الفرع بالخدمة أولى ، والأصل بالتربية أولى .

الطرف الرابع : في ازدحام الآخذين للنفقة . فإذا لم يُفَضَّلْ إلاقوت واحد ؟ اتفقوا على

أن الزوجة مقدّمة ؛ لأنها عيال كالأولاد وحقّها أكّد ؛ إذ لا يسقط بمرور الزمان ولا بغناها . وفيه

احتمال ؛ إذ فيه / مشابهة الديون ، ونفقة القريب في مال المفلس مقدم عليه في يوم الأداء لا ١/٢٢٨

[في] ^(٣) المستقبل ، إلا أن الزوجة عيال . فأما المدّلون ببعضيّة ^(٤) فتعود الطرق كلّها في الترجيح

بالقرب أو الوراثة ، ويزيد هاهنا شيان :

(١) وهذا هو الأصح ؛ لأن عصوبته أقوى ، ولأنه أولى بالقيام بشأن والده . انظر الروضة (٩ / ٩٣) .

(٢) قال البغوي : الأصح أنه لا نفقة على الأصول مادام يوجد واحد من الفروع ، قريباً كان أو بعيداً ، ذكرّاً أو أنثى .

كذا في الروضة (٩ / ٩٣) .

(٤) في (أ) : « بالعصية » .

(٣) زيادة من (ب) .

أحدهما : أن [هناك] ^(١) الذكورة جهة في التقديم ، وهاهنا الأنوثة هي المرعية ؛ إذ تُشعر بضَعْف ^(٢) .

والآخر : أنا - في الالتزام - ننظر إلى مقادير الإرث على رأي . وقال الأكثرون : في الأخذ لا ينظر إليه ، فإن استَوْوا وَرَّعَ عليهم . وإن كان لا يَسُدُّ التوزيع من كل واحد مَسَدًا : أَقْرَع بينهم .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالضعف » .

(١) زيادة من (ب) .

البَابُ الثَّالِثُ

فِي أَحْكَامِ الْحَضَانَةِ

وفيه فصولٌ :

الأول

فِي الصِّفَاتِ الْمَشْرُوطَةِ

والحضانة : عبارة عن حفظ الولد وتربيته . وتجب معونة الحضانة على مَنْ عليه النفقة . وعند الازدحام يُشلك بها مَسْلَكَ الولاية ؛ لأنها سُلْطَنَةٌ ^(١) على الحفظ والتربية . لكن تُفارق الولاية في أن الإناث أولى بالحضانة ؛ لأن الأنوثة تُناسب هذه الولاية ؛ لزيادة الرِّقَّةِ وَالشَّفَقَةِ .

ولو عضل الأقرب - أو غاب - انتقل إلى الأبعد ، لا إلى السلطان ؛ لأن هذا يعتمد الشفقة المجردة بخلاف ولاية النكاح ^(٢) . ولو امتنعت الأمُّ ، فأُمُّها أولى من أب الطفل ؛ لأن شفقتها كشفقة الأمِّ . وقيل : ينتقل الحقُّ بعَضْلِها إلى الأب ؛ وكأنَّه في درجة السلطنة في الولاية . وهو بعيد .

ومهما اجتمع الأب والأمُّ ، فالأمُّ أحقُّ بالحضانة ^(٣) بشرط اتصاف الأمِّ بخمس صفات ^(٤) :

الإسلام ، والعقل ، والحرية ، والأمانة ، والفراغ .

أما الإسلام : فإنما يُشترط في ولد المسلم ؛ ^(٤) لأن تسليمه إلى الكافر ^(٥) يُعَرِّضُ دينه للفتنة .

وأما العقل : فهو الأصل ، فلا ثقة بحفظ المعتوهة ^(٥) .

(١) في (ب) : « سلطة » .

(٢) إذ في النكاح ، إذا عضل الولي وامتنع من التزويج ، أو غاب : يزوج السلطان لا الأبعد .

(٣) في (أ) : « بشرط الاتصاف بخمس صفات » .

(٥) في (ب) : « المعتوه » .

(٤) في (أ) : « لأن تسليمه للكافر » .

وأما الحرية : فلا بُدَّ منها ؛ لأن هذه ولاية ، ولا ولاية مع الرِّقِّ ، ولا يُؤثر رضا السيد . وكذلك مَنْ نَصَفُها حرًّا ، ونَصَفُها رقيقًا ؛ إذ لا ولاية لملئها ، ولكن عليها نفقة القريب ؛ لأن ذلك من قبيل الغرامات .

وأما الأمانة : فلا بُدَّ منها ؛ إذ الفاسقة ^(١) لا يُؤمَّن من جانبها ^(٢) .

وأما الفراغ : فنَعْنِي به أن لا تكون في نكاح غيره ، فإذا نكحت سقط حقُّها من الحضانة ؛ لأنه نوع رِقِّ ، ولا يُؤثر رضا الناكح إلا إذا نكحت مَنْ له حقُّ الحضانة كعمِّ الولد ، فالمشهور أنه لا يُشَقِّطُ حقُّها من الحضانة . وفيه وجه : أن الأب أولى من الأم وإن نكحت العمِّ .

ومهما طلقت قبل المسيس عاد حقُّها ، كما إذا أفاقت من جنون ، أو عتقت من رِقِّ ، أو تابت من فسق ، أو أسلمت بعد كُفْر . فإن كانت رجعية ، فالمنصوص : رجوعُ حقِّها ؛ لأنها الآن فارغة معتزلة ، وفيه قولٌ مُخَرَّج - وهو اختيارُ المزني - : أنه لا حقَّ لها ؛ لاستمرار ^(٣) « سلطنة الزوج » .

أما المعتدة الباتنة : فيعود حقُّها ، لكن إن كانت في مسكن الزوج ، فللزوج أن لا يرضى بإذخال الولد ملكه . فإن رَضِيَ ، رجع حقُّها لا كرضاه في صُلْب النكاح ، فإنه لا يُؤثِّر ؛ لأن هذا كرضا المعير للدار .

* * *

(٢) في (ب) : « سلطة الزوج » .

(١) في (أ) ، (ب) : « لا تؤمن جنايتها » .

الفصل الثاني

فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ الْحَضَانَةُ

وهو كل مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ^(١) إمَّا لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ ، لَكِن الْأُمُّ أَوْلَى بِالصَّبِيِّ قَبْلَ التَّمْيِيزِ ، فَإِذَا مَيَّزَ خَيْرَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْأَبِّ ، وَسَلَّمَ إِلَى مَنْ يَخْتَارُهُ ، غَلَامًا كَانَ أَوْ جَارِيَةً . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ (رَحِمَهُ اللَّهُ) : « الْأَبُّ بِالْغَلَامِ أَوْلَى ، وَالْأُمُّ بِالْجَارِيَةِ أَوْلَى »^(٢) . وَقَدَرُوا أَبُو هُرَيْرَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) « أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ خَيْرُ غَلَامًا »^(٣) .

(١) أي لا يستقل بشئون نفسه ، كإلبسه وحده ، وشربه وحده ، واستنجائه وغير ذلك .

(٢) اتفق الأئمة على أن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلاً ، وهو الصغير في أول أمره والمجنون .

ثم قال الشافعية : إذا صار الصغير مُمَيَّزًا ، خُيِّرَ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ إِذَا افترقا ، ويكون عند من اختاره منهما . وسواء في التخيير الابن والبنت . وسن التمييز - غالباً - سبع سنين أو ثمان تقريباً . ثم مدار الحكم على نفس التمييز لا على سنه . انظر : الوجيز (١١٨ / ٢) . المنهاج ص (١٢١) . روضة الطالبين (١٠٣ / ٩) . الغاية القصوى (٨٧٩ / ٢) .

ومذهب الحنفية : أن الأم أحق بحضانة الطفل حتى يشتغى بنفسه عن الخدمة . وتكون الجارية عند أمها حتى تحيض ، فإذا استغنى الولد عن الخدمة وحاضت البنت ، فالأب أحق بهما ، ولا يُخَيَّرُ . انظر : الهداية (٣١٨ / ٢) . الاختيار (١٥ ، ١٤ / ٤) . فتح القدير (٣٧١ / ٤) .

ومذهب المالكية : أن الأم أحق بالغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ سقطت حضانته الأم ، وهي أحق بالأنثى حتى يدخل بها زوجها . انظر : الكافي ص (٢٩٦) . القوانين ص (٢٣٠ ، ٢٢٩) . الشرح الصغير (٧٥٥ / ٢) . الشرح الكبير (٥٢٦ / ٢) .

ومذهب الحنابلة : أن الأم أحق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين ، ثم يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ - كمذهب الشافعية - وأما الجارية ، فالأب أحق بها حتى تبلغ سبع سنين ، فإذا بلغت كانت عند أبيها ، ولا تُخَيَّرُ . انظر : المنع ص (٢٧٢) . دليل الطالب ص (٢٤٢) . الروض المربع (٤٦٥) . المغني (٦١٤ ، ٦١٥) . الإفصاح (١٨٦ / ٢) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٧٠٨ / ٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٣٥) باب « من أحق بالولد » حديث (٢٢٧٧) بإسناده عن أبي ميمونة قال : بينما أنا جالس مع أبي هريرة ، جاءته امرأة فارسية معها ابن لها ، فادَّعِيَاهُ وَقَدْ طَلَقَهَا زَوْجَهَا ، فَقَالَتْ : يَا أَبَا هُرَيْرَةَ - وَرَطَّنَتْ لَهُ الْفَارَسِيَّةَ - زَوْجِي يَرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بَابْنِي . فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : اسْتَهْمَا عَلَيْهِ - وَرَطَّنَ لَهَا بِذَلِكَ - فَجَاءَ زَوْجُهَا فَقَالَ : مَنْ يَحَاقِنِي فِي وَلَدِي ؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَقُولُ هَذَا ، إِلَّا أَنِّي سَمِعْتُ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَأَنَا قَاعِدٌ عَنْده فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ زَوْجِي يَرِيدُ =

ولا ننظر إلى سبع سنين، بل نتبع التمييز. فإن استمرت الغباوة إلى ما بعد البلوغ فالأم أولى، وكذلك إن اتصل به جنونٌ، وكأنَّ حقَّها لا ينقطع إلا باختيار الصبي عن تمييز.

ولو اختار أحدهما، ثم رجع، رُدَّ إلى الآخر؛ لأن الحال قد يتغير في الرفق به^(١)، إلا إذا كثرت رُدُّه حتى دَلَّ على قلة التمييز، فيرد إلى الأم، وكذلك إذا سكت عن الاختيار.^(٢) هذا في حق الصبي^(٣).

أما البالغ: - إذا كان غير رشيد - فهو كالصبي. وإن كان رشيداً - وهو ذكراً - استقل. وإن كانت جاريةً وهي بكرٌ، فالظاهر: أن للأب أن يُشكِّنها موضعاً، وليس لها الاستقلال وإن كانت رشيدةً، كما يُجبرها على حبس النكاح، وهو أعظم من حبس المسكن. ثم هذا يختص بالأب والجدُّ ومن له ولاية الإجمار. وفيه وجه: أنها تستقل، وإنما التزويج بالجبر.

أما البنت فإنها تستقل إذا تمَّ رشدُها بالممارسة، لكنها إن كانت تُتهم بريبة، فليُغصبها ولاية إسمائها وملاحظتها؛ دفْعاً للعار عن النسب، ولا يثبت هذا إلا لمن له ولاية التزويج. ولو ادعى الريبة فأنكرت^(٤)، فتنبُذ مطالبته بالإثبات^(٥) بالبينه؛ فإن ذلك افتضاح^(٦) يعجز العار، والاحتكام على عاقلة - أيضاً - بمجرد الدعوى / بعيد، ولكن إقامة البينة أبعد منه^(٧). ٢٢٨/ب

= أن يذهب بابني، فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليه» فقال زوجها: من يحاقتني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: «هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه، فانطلقت به.

ورواه النسائي (١٨٥/٦) كتاب «الطلاق» باب «إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد». ورواه الترمذي (٦٣٨/٣) (١٣) كتاب «الأحكام» (٢٢) باب «ما جاء في تخيير الغلام بين أبيه إذا افرقا» حديث (١٣٥٧) وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. ورواه ابن ماجه (٧٨٨/٢) (١٣) كتاب «الأحكام» (٢٢) باب «تخيير الصبي بين أبيه» حديث (٢٣٥١) جميعاً من طرق عن زياد بن سعد عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة عن أبي هريرة مرفوعاً به. والحديث صحيحه ابن القطان كما في نصب الراية (٢٦٩/٣).

(١) كلمة: «به» ساقطة من (أ).

(٢) في (أ): «هذا في الصبي».

(٣) في (أ): «فأنكر» وهو خطأ.

(٤) في (ب): «بالإثبات».

(٥) في (أ): «إفضاح».

(٦) والأصح أنه يقبل قوله، ويحتاط بدون مطالبته بالبينه؛ لأن إسمائها في موضع البراءة، أهون من الفضيحة لو =

فرعان

أحدهما : [هل] ^(١) يجري التخيير بين الأم ، ومن يقع على حاشية النسب ، كالعم والأخ ؟
فيه وجهان :

أحدهما : [نعم] ^(٢) كالأب والجد ^(٣) .

والثاني : أن الأم أولى ، وإنما التخيير مع الأب والجد ؛ لأن لهم درجة الولاية [والإجبار] ^(٤) .
^(٥) ويجري هذا الخلاف ^(٥) في التخيير بين الأب ، والأخت والحالة إذا قلنا : إن الأب مقدم عليهما في الحضانة .

الثاني : أنه إذا اختار الأب ، لم يمنعها ^(٦) من الزيارة ، وإذا اختار الأم لم يسقط عن الأب مئونة الحضانة ، والقيام بتأديبه ، وتسليمه إلى الحرفة أو المكتب ، وكذلك المجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه ، يجب على الأب رعايته . ومهما سافر الأب سَفَر نَقْلَةٍ ^(٧) بطل تقديم الأم ، وكان له استصحاب الولد ؛ كيلا ينقطع النسب ^(٨) سواء كان قبل التمييز أو بعده ^(٩) ؛ إذ فيه ضراؤ . نعم ، لو رافقته الأم فهي أولى . وليس له استصحابه في سفر التزهة ، ولا في سفر التجارة ^(٩) وإن طال المدة ^(٩) . وفيه وجه ؛ لطول المدة .

ولو انتقل إلى ما دون مرحلتين ، ففي جواز انتزاع الولد وجهان ؛ لأن تنابع الرفاق يمنع اندراس النسب .

= أقام بينة . انظر الروضة (٩ / ١٠٣) .

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٩ / ١٠٤) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) في (أ) : « وهذا الخلاف يجري » .

(٦) أي لم يمنع الأم من زيارة الولد . (٧) أي سفر انتقال من موضع إلى موضع .

(٨) في (أ) : « سواء كان بعد التمييز أو قبله » . (٩) ساقطة من (أ) .

الفصل الثالث

في التزاحم والتدافع^(١)

والنظر في أطراف :

الأول : في اجتماع النسوة . فإن تدافعن ، فالحضانة على مَنْ عليها النفقة . وإن تزاحموا^(٢) وطلبت كل واحدة الحضانة - فالنص في الجديد : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المذليات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأب وجداته المذليات بالإناث وإن علون^(٣) . ثم أم الجد وجداته على الترتيب المقدم في الأب^(٤) ، ثم أم أب الجد وجداته كذلك ، ثم الأخوات ثم الخالات^(٥) ثم بنات الإخوة ، ؛ لأن الحالة أم^(٦) ،^(٧) وشفقتها أكثر من شفقة العمات^(٨) ، وهن بعد الخالات ؛ لأن قرابة الأم أقوى في الحضانة . والقديم يوافق الجديد في جميع هذا الترتيب إلا أنه في القديم قدّم الأخوات والخالات على أمهات الأب لإذلائهن بالأم . وهو ضعيف ؛ لأن شفقة الأصول أعظم^(٩) .

(١) أي إذا اجتمع مَنْ لهم ولاية الحضانة ولم يتفقوا على واحد منهم ، وهو المقصود بالتدافع .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن تزاحمن » .

(٣) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

(٤) قوله : « ثم الخالات » ساقط من (ب) .

(٥) يعني بمنزلة الأم ، وهو يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري (٣٥٧/٥) (٥٣) كتاب « الصلح » (٦) باب « كيف يُكتب » هذا ما صالح عليه فلان بن فلان فلان بن فلان « حديث (٢٦٩٩) بإسناده عن البراء - في قصة - وفيها « الحالة بمنزلة الأم .. » . ورواه أبو داود (٧٠٩/٢) حديث (٢٢٧٨) ورواه الترمذي (٢٧٦/٤) حديث (١٩٠٤) .

(٦) في (أ) : « وشفقتها أكثر من العمات » .

(٧) قال الحموي : « قوله في الفصل الثالث في التزاحم أو التدافع : (والنظر في أطراف : الأول : في اجتماع النسوة فإن تدافعن في الحضانة ، فالنص الجديد : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المذليات بالإناث لا بالذكور ... إلى آخره) .

قلت : ذكر الشيخ أن الأم أولى في الحضانة على الجديد ، ومعلوم أنه لا خلاف في كون الأم مقدمة على الجديد والقديم . وذلك يخالف ما ذكره الشيخ هنا .

قلت : وإن كان المفهوم منه ذلك إلا أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على أن مراده بذلك أن الأم أولى على القولين ، =

وَيَبْقَى النَّظَرُ فِي ثَلَاثِ مَسَائِلٍ :

إحداها : أن الأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم في الجديد ، وذكر وجه - في التخريج على القديم - : أن الأخت للأُم مقدمة لقراءة الأم . وعلة الجديد : أنهما يستويان في الشفقة ، ولا تؤثر جهة الأم في زيادة الشفقة ^(١) ، لكن هذه لها قوة في الميراث ، ^(٢) ويصلح ذلك في الترجيح ^(٣) ، لكن هذا لا يطرد في حالة لأب وأخرى لأُم ، وكذلك لِعَمَّاتٍ ^(٤) ؛ إذ لا ميراث : فمنهم من قدم الحالة للأب ؛ لأن الميراث يَبْنَى لنا قوة هذه الجهة ، فلا يرعى غير الميراث . ومنهم من قدم الحالة للأُم ؛ إذ لا ميراث ، وقراءة الأُم آكدُ .

الثانية : نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا مدخل في الحضانة لكل جدة ساقطة في الميراث ، ^(٥) وهي كل جدة تُدلي بِذَكَرَيْنِ الأنثيين . وهو مشكل ؛ لأنها - وإن كانت ساقطة في الميراث - فالحالة ^(٦) والعمة أيضًا كذلك ، ولعل سببه : أن الذكر الذي ليس بوارثٍ ليس له ولاية الحضانة ، وهي تدلي به ، ولهذا الإشكال ذكر أصحابنا وجهين آخرين :

أحدهما : أنهم لو انفردن فلهنَّ الحضانة ، ولكنهنَّ مؤخرات عن الحالات وجميع المذكورات .

والثاني : أنهم مؤخرات عن الجدات الوارثات ، مقدمات على الأخوات والحالات .

الثالثة : القرية الأنثى التي لا محرمية لها - كبنات الحالات وبنات العمات - فيه وجهان :

= فقال : والقديم موافق للجديد في جميع هذا الترتيب ؛ إلا أنه في القديم قَدَّمَ الأخوات على أمهات الأب لإدلائهنَّ بالأم ، وهو ضعيف ، فإذا كان كذلك صح ما ذكرناه وكأنه قال : النص الجديد في جميع القول المرتب : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث وإن عُلُوْنَ ، ثم أم الجد وأمهاته على الترتيب المقدم في الإرث ، ثم أم الجد وجداته كذلك ، ثم الأخوات ، ثم الحالات ، ثم بنات الإخوة ثم الحالة ؛ لأن الحالة أُمُّ وشفقتها أكثرُ ، ثم العمات وهن بعد الحالات ؛ لأن قرابة الأم أقوى في الحضانة ، والقول القديم تقديم الأخوات على أمهات الأب ، وهو ضعيف ؛ لأن شفقة الأصول أعظم . مشكلات الوسيط (ق ١٦٥ / ب - ١٦٦ / ب) .

(١) في الأصل « شفقة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ويصلح ذلك للترجيح » . (٣) في (أ) ، (ب) : « العمات » .

(٤) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

أحدهما : أنه لا حضانةٌ لهنَّ ؛ إذ الحضانةُ تستدعي خبرةً بيوطن الأمور ؛ فتستدعي الحرمية .
والثاني : أنه تثبت ، وذكر الفوراني ذلك ، وقال : الخالاتُ مقدماتٌ على بنات الإخوة ،
وبناتُ الإخوة مقدماتٌ على العمات كما يُقدّم ابنُ الأخ في الإرث على العم . وقال : بناتُ
الخالات مقدماتٌ على بنات العمات .

الطرف الثاني : في اجتماع الذكور ، وهم أربعة أقسام :

الأول : محرم وارث . فله حقُّ الحضانة ، ويتربون ترتب العصباء في الولاية إلا الأخ من
الأم ، فإنه ليس بوليٍّ ، وهو متأخّر عن الأصول وعن الإخوة للأب [مع أنه محرم وارث] ^(١) . وهل يؤخر
عن العم ؟ فيه وجهان : منهم من أخرّ ؛ للولاية . ومنهم من قدّم ؛ للقرب والشفقة . وهو الأظهر .
الثاني : الوارث الذي ليس بمحرم - كبنّي الأعمام - : ^(٢) لهم حقُّ حضانةٍ ^(٣) في الصبي وفي
الصغيرة التي لا تُشتهي دون التي تُشتهي .

الثالث : المحرم الذي ليس بوارث - كالحال ، وأب الأم ، والعم من الأم ، وبنّي الأخوات - :
فهم مؤخرون عن الورثة . وهل لهم حقٌّ عند فقدهم ؟ فيه وجهان :
أحدهما : [تثبت] ^(٣) للمحرمة كما تثبت للخالة وإن لم تكن وارثة .

والثاني : لا ؛ لأن الخالة أنثى ، وانضمام الأنوثة إلى القرابة مؤثّر ^(٤) . ثم لا خلاف أن
المستحبّ للسلطان أن يُسلّم إليهم .

الرابع : قريبٌ ليس بمحرم ولا وارث - كابن الخالة والحال - فالصحيح : أنه لا حقٌّ لهم وإن
ظهر الخلاف في بنات / الخالات لأجل الأنوثة . وفيه وجه .

الطرف الثالث : في اجتماع الذكور والإناث . ولا شك أن الأم وأمهاتها مقدماتٌ ، إذا
كُنَّ من جهة الإناث ، ثم بعدهن في الأب والجدات - من قبل الأب - قولان :

(٢) في (أ) : « لهم الحضانة » .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة ضرورية من (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٩ / ١١١) .

ظاهرُ النص : تقديمُ الأبِّ ، فلا يُقدم على الأب إلا الأمُّ وأمهاؤها . كذلك قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) .

والثاني : أنهن مقدمات وإن أُدْلِيَنَّ به ؛ لشفقة الأنوثة . فعلى هذا ، في تقديم الأخوات على الأب ثلاثة أوجه :

أحدها : التقديم ؛ للأنوثة .

والثاني : لا ؛ لأن الأب أصلٌ .

والثالث : أنه يُقدم على الأخت للأب ؛ فإنها فرعُه دون الأخت للأم والأخت للأب والأم .

وهذا الوجه لا يجري في الحالة ؛ لأنها ليست فرعًا ، ولكن يجري الوجهان في تقديم الحالة على الأب ، بل تقديمُ الحالة عليه أولى من تقديم الأخت . وكلُّ جدةٍ ليست فاسدةً فهي مقدمة على كل عصابة تقع على حواشي النسب .

وأما الذكور والإناث على الحواشي إذا استووا في القرب والإرث ، فالأنثى أولى ، والأخت أولى من الأخ .

ولو كانت الأنثى بعيدةً - والذكر قريبًا - فوجهان ؛ لتعارض الأنوثة والقربة .

السَّبَبُ الثَّالِثُ لِلنَّفَقَةِ

مِلْكُ الْيَمِينِ

وفيه مسائل :

الأولى : أن نفقة المملوك إمتاعٌ ، وهو على الكفاية . ولا تَسْقُطُ إلا بزوال الملك أو الكتابة ^(١) .
وليس عليه أن يُطْعِمَهُ وَيَكْسُوهُ من جنس ما يَطْعَمُ وَيَكْتَسِي ، ولكن ما يليق به . ولو اقتصر من
الكسوة على ما يستر به العورة ، لم يُجْزَ ذلك في بلادنا ؛ لأنه ^(٢) إضرارٌ وإن لم يكن يتأذى بحرٌّ
وبَرْدٍ . وهل يجب تفضيلُ النفيسِ على الخسيس في الكسوة ؟ ^(٣) فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يجب ؛ إذ ^(٤) العادة تقتضي ذلك .

والثاني : لا ؛ لأن الرقيق يليق به الخشن وإن كان نفيساً .

والثالث : أنه لا يُفْرَقُ في العبيد ، أما الجواري ، فَيُفْضَلُ الشَّرِيَّةُ ^(٥) على الخادمة .

الثانية : قال رسول الله ﷺ : « إذا كفى أحدكم طعامه خادمه ، حرّه ودُخَّانَه ، فَلْيُجْلِسْهُ
معه ، فإن أباي فليروغ له لقمةً ، ولْيَتَأَوَّلْهَا إِيَّاهُ » ^(٦) ؛ فترددوا فيه على ثلاثة أوجه :

(١) أي إذا كاتب العبد سيده على العتق . (٢) في (أ) : « فإنه » .

(٣) أي هل يجب تفضيل العبد النفيس على غيره في الكسوة ؟

(٤) في الأصل : « إذا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) الشَّرِيَّةُ : هي الجارية التي اتخذها سيدها فرأى لنفسه رجاء ولدها . انظر طلبه الطلبة ص (١٠٤) .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٤٩٤) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (٥٥) باب « الأكل مع
الخادم » حديث (٥٤٦٠) بلفظ « إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه ، فإن لم يُجْلِسْهُ معه ، فَلْيَتَأَوَّلْهُ أَكْلَةً أو
أَكْلَتَيْنِ ، أو لُقْمَةً أو لُقْمَتَيْنِ ؛ فإنه وَلِيَّ حرّه وعِلاجِه » . ورواه مسلم (٣ / ١٢٨٤) (٢٧) كتاب « الإيمان » (١٠) باب « إطعام
المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس » ، ولا يُكَلِّفُهُ ما يغلبه » حديث (١١١٣) بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ :
« إذا صنع لأحدكم خادمه طعامه ، ثم جاء به - وقد وَلِيَّ حرّه ودُخَّانَه - فَلْيَقْعِذْهُ معه ، فليأكل . فإن كان الطعام مَشْفُوهاً
قليلاً ، فليضع في يده منه أكلة أو أكلتين » .

أحدها : أن ذلك واجب على الترتيب .

والثاني : أنه يجب ، إما الإِجلاسُ أو ترويع ^(١) اللقمة ، ولا يجب الترتيب .

والثالث : - وهو الأظهر - أن ذلك مستحب ، وهو من مكارم الأخلاق .

الثالثة : الرقيقة - أو أم الولد - إذا أتت بولد فعليها الإرضاع ، بخلاف الزوجة ؛ فإنها رقيقة ، ولا يُفَرَّقُ بينه وبينها . ولا تُكَلَّفُ أن تُرضع غَيْرَ ولدها مع ولده ^(٢) ؛ فإنه إضرارٌ بها وبولدها . نعم ، له أن يستمتع بها ويضمَّ الولدَ إلى غيرها في وقت الاستمتاع .

الرابعة : ليس لها فطامٌ ولدها قبل الحولين ولا الزيادة على الحولين إلا برضاها ، والمتَّبِعُ رضا السيد فيه ^(٣) إلا إذا كان إضرارًا بالولد ^(٤) . وأما الحرة ، فحقُّها مؤكَّدٌ في إرضاع ولدها ، فيتوقَّفُ الفطامُ على توافقهما . فإن أرادت الفطامُ فله المنع . وإن أرادت الإرضاع [بالأجرة] ^(٥) وأراد الأبُ الفطامَ ، فعليها الأجرةُ وليس له المنعُ .

الخامسة : لا أصلٌ للمُخَارَجة ، وهو ضَرْبٌ خراجٍ مقدَّرٌ على العبد كلَّ يوم ، بل على العبد بذلُ المجهود ^(٦) وعلى السيد أن يَحْمِلَهُ على ما يطيقه ^(٧) . فلو امتنع السيد عن الإنفاق يُباع عليه ، فإن لم يرغب أحدٌ في شرائه ، فهو من محاييج المسلمين .

السادسة : يجب عليه علفُ الدوابِّ ؛ لأنَّ أرواحها محترمةٌ ؛ ولذلك لا يجوز تعذيبها ولا دَبْحُها إلا لمأكله ، وكذلك لا ينزف ألبانها بحيث يستضرُّ بنتاجها .

= ورواه الترمذي في سننه (٢٥٢ / ٤) حديث (١٨٥٣) ولفظه قريبٌ من لفظ المصنف .

(١) في (أ) : « وإما ترويع » . (٢) في (أ) : « ولدها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا إذا كان فيه إضرار » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « وعلى السيد أن يَحْمِلَهُ ما يطيقه » . وفي قوله هذا إشارة إلى قوله ﷺ : « للملوك طعامه وكسوته ،

ولا يُكَلَّفُ من العمل إلا ما يطيق » رواه مسلم في صحيحه (١٢٨٤ / ٢) حديث (١٦٦٣) .

ويجوز غصبُ العلفِ والخَبْطُ^(١) لحاجتها^(٢) إذا أشرفتْ على الهلاك على المذهب الظاهر .
والمسافرُ يُقدِّم حاجةَ الدابةِ إلى الماء على الوضوء ، فيتيمَّم . وإذا أُجذبت الأرضُ فعليه علفُ
السائمة .

ولا يجب عليه عمارةُ داره وقناته وعقاره وإن أشرفت على الانهدام ؛ لأن الحرمةَ لذي
الروح . فإن امتنع من العلف ، فللقاضي أن يُجبره على البيع ، أو يبيع عليه ،^(٣) والله تعالى أعلم
وأحكم ، والحمد لله رب العالمين^(٤) .

(١) الخبط : أوراق الشجر . انظر المصباح المنير (١ / ٢٥١) . والقاموس المحيط ص (٨٥٧) .

(٢) في (أ) : « لجراحتها » . (٣) ما بين الرقمين ليس في (أ) .

كتاب الجنائيات (١)

(١) واحدهتها : جناية . وهو مصدر « جنى على نفسه أو غيره جنائياً : إذا فعل مكروها .
والجنائية ، هي الجرم والذنب ، والمقصود بها هنا : ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه
القصاص والعقاب في الدنيا والآخرة » .

والجنائيات ثلاثة أنواع : وهي القتل ، أو قطع عضو ، أو جرح لا يُزْهَق الروح ولا
يُفْصَل جزءاً من الجسد . انظر : المصباح المنير (١ / ١٧٦) . المطلع على أبواب المقنع من
(٣٥٦) . معجم لغة الفقهاء ص (١٦٧) . الروضة (٩ / ١٢٢) .

اعلم أنَّ^(١) أدلة الشريعة من الكتاب والسنة والإجماع ، متظاهرةٌ على أن القتل كبيرة متفاحشة^(٢) موجبةٌ للعقوبة في الدنيا والآخرة^(٣) .

وموجباته في الدنيا ثلاثة : القصاص^(٤) ، والدية ، والكفارة^(٥) .

أما القصاص ، فالنظر في حكمه عند العفو ، والاستيفاء ، وفي مُوجِبِهِ . أما الموجب ، فالنظر فيه

يتعلّق بالطرف والنفس . أما النفس ، فالنظر فيها يتعلّق بأركان / وهو : القاتل ، والقَتِيل ، ونفس القتل . ٢٢٩/ب

الركن الأول

القتل نفسه

والموجِبُ للقصاص منه : كلُّ فعل عند محض ، عدوان ، مُزهِق للروح^(٦) .

وقولنا : (مزهق) يتناول المباشرة والسبب ؛ فلزم^(٧) تمييزُ العمد المحض عن غيره ، وتمييزُ

السبب عن غيره . وينكشف بالنظر^(٨) في أطراف خمسة^(٩) :

(١) قوله « اعلم أنَّ » زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « فاحشة » .

(٣) ومن الآيات في ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ... ﴾ الآية [النساء : ٩٣] .

وقوله تعالى : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ... ﴾ الآية [المائدة : ٣٢] . ومن الأحاديث قوله ﷺ : « لن يزال المؤمن في فسحةٍ من دينه ما لم يُصَبَّ دماً حراماً » .

رواه البخاري في صحيحه (١٢/١٩٤) (٨٧) كتاب « الديات » (١) باب قول الله تعالى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه

جهنم » حديث (٦٨٦٢) . وقوله ﷺ : « ليزال الدنيا أهون عند الله من قتل رجل مسلم » رواه الترمذي في سننه (١٠/٤)

(١٤) كتاب « الديات » (٧) باب « ما جاء في تشديد قتل المؤمن » (١٣٩٥) . وقال في مغني المحتاج (٢/٤) : « وتصح توبة القاتل

عمداً ؛ لأن الكافر تصح توبته فهذا أولى ، ولا يتحتم عذابه ، بل هو في خطر المشيئة ، ولا يُخلد عذابه إن عُدَّب وإن أصرَّ على

ترك التوبة كسائر ذوي الكبائر غير الكفر . وأما قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ... ﴾ الآية

[النساء : ٩٣] فالمراد بالخلود المكث الطويل ؛ فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المسلمين لا يدوم عذابهم ، أو مخصوص

بالمستحلِّ لقتله كما ذكره عكرمة وغيره . وانظر الروضة (٩/١٢٢) . حاشية نور الدين الشبرايمسي على نهاية المحتاج (٧/٢٤٦) .

(٤) والقصاص يكون في العمد المحض دون الخطأ وشبه العمد . انظر الروضة (٩/١٢٤) .

(٥) ولكن لا يجتمع القصاص والدية لا وجوباً ولا استيفاءً ، أما الكفارة فأعمُّ منهما ، فتجب مع كل واحد منهما ،

وقد تنفرد عنهما . انظر الروضة (٩/١٢٢) .

(٦) قال في الروضة (٩/١٢٣) بتصرف : وقولنا : (كل فعل) ليشمل الجرح وغيره . وقولنا : (عدوان) احتراز من

القتل الجائر . وقولنا : (من حيث كونه مزهقاً) احتراز عما إذا استحقَّ حرُّ رقبته قصاصاً فَقَدْ نصفين ، فإنه لا يتعلق به قصاصٌ

وإن كان عدواناً ؛ لأنه ليس بعدوان من حيث كونه مزهقاً وإنما هو عدوان من حيث إنه عُدِّلَ عن الطريق المستحق .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فيلزم » . (٨) في (أ) ، (ب) : « في خمسة أطراف » .

الطرف الأول

في تمييز العمد عن شبه العمد

والقصد له ثلاث متعلقات :

أحدها : بالفعل ^(١) . فمن تَزَلَّقُ ^(٢) رجلاه ، فسقط على غيره فمات ، فهو خطأ محض ^(٣)

الثاني : التعلق بالشخص . فمن رمى إلى صيد ، فأصاب إنساناً ، فهو خطأ محض وإن كان الفعل باختياره .

الثالث : القصد المتعلق بزهوق الروح ^(٤) وبهذا يتميز ^(٥) العمد عن شبه العمد . وفي ضبطه طريقتان ^(٥) :

(أحدهما) : أن ما عُلِمَ حصولُ الموت به - بعد وجود قَصْدِ الفعل والشخص - فهو عمدٌ محض ، سواء كان قَصْدُ الفاعل ^(٦) إزهاق الروح أو لم يكن قَصْدَ ^(٧) . وسواء كان حصول الموت به غالباً أو نادراً ^(٨) كقطع الأُملة .

(الطريقة الثانية) ^(٩) : أن الضابط : « ما يُقصد به القتل غالباً في المثلث ^(١٠) » ، فأما في

(١) في (أ) ، (ب) : « الفعل » .

(٢) زَلَقْتُ القدمُ زَلْقًا ، من باب « تعب » : أي لم تثبت حتى سقطت ، ويُعدى بالألف والتشديد ، فيقال : أزلقته وزلّفته . انظر المصباح المنير (٣٨٩ / ١) مادة (ز ل ق) .

(٣) وذلك لأنه لم يقصد الفعل أصلاً . (٤) في (أ) ، (ب) : « وهذا تمييز » .

(٥) أي في ضبط العمد المحض عن غيره وهو شبه العمد والخطأ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الفعل » . (٧) وتقرأ أيضًا : أو لم يكن قَصْدَ .

(٨) في الأصل : « ونادراً » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « الطريق الثاني » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « المثلثات » والمثلث هو ما ليس له حدٌ يجرح ولا يسِّن يطن ، كالعصا والحجر . والمحدد : هو ما يقطع ويدخل في البدن ، أو يُفترق أجزاء الجسد ، مثل السيف والسكين والأسلحة النارية وغير ذلك . انظر الفقه الإسلامي وأدلته (٦ / ٢٣٠ ، ٢٣٢) .

الجراحات : « فكلُّ جرحٍ سارٍ ^(١) ذي غَوَرٍ » ؛ لأن قطع الأتملة لا يُقصد به القتل غالباً . ثم هو موجب للقصاص . وهذا ضعيف ؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل . وللمثقل أيضاً تأثيرٌ في الباطن ، وغَوَرٌ في الترضيص .

والطريقة الأولى [أيضاً] ^(٢) مدخولة ؛ لأنه لو ضرب كوعه بعصا ، فتورم ودَامَ الألمُ حتى مات ، عُلم حصولُ الموت به ، ولا قصاص فيه ؛ لقوله (عليه السلام) : « قَتِيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ » ^(٣) وأَيُّ فرقٍ بينه وبين ما لو غرز إبرَةً ، فأعقبتُ أَلَمًا وورمًا حتى مات ، إذ يجب القصاص به . ولو أعقبت أَلَمًا دون الورم فوجهان . فإن أمكن أن يقال : المضروب بالعصا ، لعله مات فجأةً بسبب في باطنه : أمكن ذلك في غرز الإبرة !! كيف وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو أبان بعض الأصابع ، فتأكل الباقي ، فلا قصاص في الباقي ، وقد علم حصول السرية به ^(٤) . ونصَّ على أنه لو ضرب رأسه ، فأذهَبَ ضوءَ عينيه وجب القصاص في الضوء ؛ لأن اللطائف تُقصد بالسرية دون الأجسام . وقد عُلم حصول السرية في الموضعين ؛ وعن هذا تصرف بعض الأصحاب في النصيب بالنقل والتخريج ، وقالوا : فيهما قولان ، فتخرج الطريقتان ^(٥) على القولين .

(١) أي يشري في البدن .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . ويعني بالطريقة الأولى : الضابط الأول للعمد المحض .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٨٢ / ٤) (٣٣) كتاب « الديات » (١٩) باب في « دية الخطأ شبه العمد » حديث (٤٥٤٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، فكبر ثلاثاً ، ثم قال : « لا إله إلا الله وحده ، صدق وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، ألا إن كل ماثرة كانت في الجاهلية تُذكر وتُدعى من دم أو مالٍ تحت قدمي إلا ما كان من سقاية الحج وسدانة البيت » ثم قال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد - ما كان بالسوط والعصا - مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها » .

ورواه النسائي (٤٠ / ٨) كتاب « القسامة » باب « كم دية شبه العمد » . وابن ماجه (٨٧٧ / ٢) حديث (٢٧٢٦) ثلاثتهم من طرق عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ .

(٤) انظر نصَّ الشافعي في مختصر المزني ص (٢٤٢) . الحاوي الكبير للماوردي (١٦٣ / ١٢) . وكلمة : « دية » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الطريقتان » .

ولما عَسِرَ الضبط ^(١) على أبي حنيفة (رحمه الله) - إذ رأى القصدَ خفياً - عَوَّلَ على الجراح ^(٢) ؛ فلزمه إسقاط القصاص في التغريق والتخنيق والتحريق ^(٣) .

فالأولى في تعليل مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أن نترك الضبط ، ونقول : حصول الموت بالسبب : إما أن يكون نادراً ، أو كثيراً ، أو غالباً . وليس كل كثير غالباً ؛ فإن المرض كثيرٌ وليس بنادرٍ ولا غالبٍ بل الغالبُ الصحة . والجذامُ نادرٌ لا كثيرٌ ولا غالبٌ ؛ فكلُّ ما كان حصول الموت به نادراً ^(٤) ، فلا قصاص فيه ^(٥) ، كالعصا والسوط وغرز إبرة لا تُعقب ورماً . ولما كان

(١) في (أ) ، (ب) : « الضابط » .

(٢) أي جعل العمد المحض الذي فيه القصاص هو القتل بالجراح كالسيف والسكين دون القتل بالمثل . انظر : تحفة الفقهاء (١٠٣/٣) . الهداية (٥٠٧/٤) .

(٣) قوله : (والتغريق) فيه نظر ؛ فإن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) - في القتل بالنار - القصاص . انظر تفصيل ذلك في المسألة الآتية :

مذهب الشافعية : أنه يلزم القصاص فيما إذا ضربه بمثقل يقتل غالباً - كالحجر - أو أحرقه ، أو صلبه ، أو هدم عليه حائطاً ، أو أغرقه ، أو خنقه ، أو دفنه حيّاً فمات : وجب القصاص في ذلك كله . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر : مختصر المزني ص (٢١٤) . الوجيز (١٣٦/٢) . المتقى (١٠٠/٧) . القوانين الفقهية ص (٩/١٢٥) . الشرح الكبير (٢٤٢/٤) الفروع لابن مفلح (٦٢٣، ٦٢٢/٥) . المبدع (٢٤١/٨ - ٢٤٩) . زاد المستقنع ص (٣٤٩) . المغني لابن قدامة (٦٨٨/٧) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن القصاص إنما يجب في القتل بالنار ، أو بالمحدد من الحديد ، أو بالحشبة المحددة ، أو الحجر المحدد .

فأما إن أغرقه بالماء ، أو قتله بحجر غير محدد ، أو خنقه ، فلا قود ؛ وذلك لأن هذا القتل - عند أبي حنيفة - شبه عميد ، لا عمد محض ، وفي ذلك الكفارة ، والدية على العاقلة .

انظر : تحفة الفقهاء (١٠٣/٣) . المبسوط (١٥٢، ١٢٢/٢٦) . الهداية (٥٠٧/٤) . رعوس المسائل ص (٤٥٦) . رد المحتار (٥٤٣/٦) . الجامع الصغير ص (٤٩٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكل ما حصل الموت به نادراً » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (الركن الأول : القتل الموجب للقصاص : كل فعلٍ عميدٍ محض عدوان مزهق للروح ... إلى قوله : قال : الطريقة الثانية : أن الضابط فيما يُقصد به القتل غالباً ثم هو موجب للقصاص وهذا ضعيف ؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل ، وللمثل أيضاً تأثير في الباطن ... إلى قوله : ولما عَسِرَ الضبط على أبي حنيفة إذ رأى القصد خفياً عَوَّلَ على الجرح ، فلزم إسقاط القصاص في التغريق والتخنيق) ثم =

سقوط الأطراف بالسراية نادراً ، نصّ على سقوط القصاص فيه ، بخلاف زوال اللطائف كالعقل والبصر .

ويقابل هذه الرتبة ما كان حصول الموت به غالباً ، كالجراحات الكبيرة والمثقلات ، فتلحق^(١) بما يكون حصول الموت به ضرورياً ، كالتخنيق وحرّ الرقبة .

والمتوسط الذي يكون حصول الموت به كثيراً لا غالباً - كالجراحات الواسعة فوق غرز الإبرة وكقطع الأئمة وكالعصا^(٢) والسوط - ففي هذا يُنظر إلى السبب الظاهر ، وهو الجرح مزهقاً ، فيجب القصاص به ؛ لأن الجرح طريق سالك إلى الإزهاق غالباً وإن لم يكن قدر هذا الجرح مزهقاً غالباً ، وما لا يُجرح فليس طريقاً غالباً ، فاعتبر فيه أن يتحقق كونه - بالإضافة إلى الشخص والحال - مهلكاً غالباً . ثم ذلك يختلف بالأشخاص والأحوال ؛ فليُحكم فيه بالاجتهاد^(٣) .

فإن قيل : لو ضرب شخصاً ضرباً يقتل المريض غالباً ، لكن ظنّه صحيحاً ؟ قلنا : يجب القصاص ؛ لأن هذا الظنّ ، إذا لم يَنْفِ العدوّان في الفعل ، وهو في نفسه قاتل^(٤) : فلا يكون

= قال الشيخ : (والأولى في تعليل مذهب الشافعي أن يترك الضبط ونقول : الموت لا يخلو إما أن يكون نادراً أو غالباً ... إلى قوله : وكل ما كان حصول الموت فيه نادراً فلا قصاص) .

قلت : ضعّف الشيخ الضبط ثم عاد إليه كما لا يخفى عمن يتأمل ذلك ، وإذا كان كذلك كان رجوعاً إلى ما كان عليه أولاً ، وهو قبيح كما لا يخفى .

قلت : إنما ضعف الشيخ ذلك لأجل المثقل ، وما ذكره من النقض على الطريقتين كما لا يخفى من حيث إن له تأثيراً في الباطن كالجرح ، وليس ذلك منه إنكار للضبط على إطلاقه ؛ بل كان ذلك لعدم اطراده في بعض الصور كما لا يخفى ، وبه خرج الجواب .

وأما في قوله في حد العمد الموجب للقصاص : (كل قتل عمدي محض عدوان مزهق للروح) فيرد عليه إشكال ، فإن ما ذكره من القيود موجود في صورة ما إذا استوفى الوارث القصاص بغير حضرة السلطان أو الحاكم ، ومع هذا لا يجب القصاص كما لا يخفى وهو عدوان محض .

جوابه : أنه لما قال : (موجب للقصاص) خرج عن الإشكال المذكور ؛ لأن - بالإجماع - استيفاء القصاص بغير حضرة السلطان غير موجب للضمان ، وإنما حُرِّم لافتثاته على الإمام أو السلطان فيما اختصّ به من مصلحة الاستيفاء ، وبه خرج الجواب . إشكالات الوسيط (ق ١٦٦ - ب - ١٦٧ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فتلحق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « والعصا » .

(٣) أي يُوكَل ذلك إلى نظر القاضي . (٤) في (أ) ، (ب) : « فاعل » .

معدورًا بجهله ، بخلاف ما لو صدر هذا من مؤدّب أو أب ، أو من طبيب سقاه شيئًا يقتل^(١) ذلك المريض ، إلا أنه لم يغرف مرضه ، فلا يجب القصاص ؛ لأنه جهل أباح^(٢) الفعل .

فإن قيل : إذا سقى غيره دواء يقتل كثيرًا لا غالبًا ، فهو كالجراحات أو المثقلات ؟ قلنا : ظاهر كلام الأصحاب أنه كفرز الإبرة / فإن أعقب تغيرًا أو تألمًا^(٣) وجب القصاص ؛ لأن أغشية الباطن رقيقة فينقطع بالدواء ، فكان إلحاقه بالجرح^(٤) أولى^(٥) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فقتل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أباحه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وتألم » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالجراح » .

(٥) وبعد هذا التفصيل من الإمام الغزالي (رحمه الله) فالضابط عند جمهور الشافعية : أن الضرب بما يقتل غالبًا عمْدٌ محض ، والضرب بما لا يقتل غالبًا بثبوت عمْدٍ ، سواء كان ذلك بالجراح أو المثقل . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١٣٢) . الروضة (٩ / ١٢٤) . مغني المحتاج (٤ / ٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٤٧) .

الطرف الثاني في تمييز السبب عن المباشرة

وما يحصل الموت عقبه ^(١) ينقسم إلى : شروط ^(٢) ، وعلة ، وسبب :

أما الشرط ، فهو الذي يحصل عنده ^(٣) ؛ لأنه كحفر البئر مع التردية ، فإنَّ الموت : بالتردية ، لكن الحفر شرطٌ . وكذا الإمساك مع القتل ، والشرط لا يتعلَّق القصاصُ به .

وأما العلة ، فما تُؤلِّد الموت ، إما بغير واسطة كحز الرقبة ، وإما بواسطة - كالرَّمي - فإنه يُؤلِّد الجرح ، والجرح يُؤلِّد السراية ، والسراية تُؤلِّد الموت . وهذا يتعلق القصاصُ به .

أما السبب ، فماله أثرٌ في التَّوَلَّد ، ولكنه يُشبه ^(٤) الشرط من وجه ، فهذا على ثلاث مراتب :

الأولى : الإكراه على القتل . وهو مُوجبٌ للقصاص ؛ فإنه شديد الشَّبه بالعلة ؛ لأنه يُؤلِّد في المَكْرَه دايةً القتل غالبًا .

الثانية : شهادة الزور . فإنها تُؤلِّد في القاضي دايةً القتل ، لكنه دون الإكراه ؛ فإن هذا إلقاءً شرعًا ، والأوَّلُ حسًّا ، لكن لما كان كلُّ واحد يُفْضِي إلى القتل غالبًا في شخص مُعَيَّن لم تُفَرَّق بينهما . وأبو حنيفة (رحمه الله) لم يُلْحِق الشهادة بالإكراه ^(٥) .

الثالثة : ما يُؤلِّد المباشرة توليدًا عُرفيًا ، لا حسيًا ولا شرعيًا ، كتقديم الطعام المسموم إلى

(١) في (أ) ، (ب) : « عقيه » . (٢) في (أ) ، (ب) : « شرط » .

(٣) يعني يحصل عنده الهلاك . (٤) في (أ) ، (ب) : « شَبَه » .

(٥) مذهب الشافعية : إلحاق شهادة الزور بالإكراه في وجوب القصاص من الشاهد ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب الحنفية : هو وجوب الدية دون القصاص ، وهو مذهب المالكية أيضًا .

انظر : تحفة الفقهاء (١٠٤ / ٣) . المبسوط (١٨١ / ٢٦) . طريقة الخلاف في الفقه ص (٤٩٢ ، ٤٩٣) . إيثار الإنصاف في آثار الاختلاف ص (٣٩٦ / ٣٩٧) . القوانين الفقهية ص (٣١٨) . الفروع لابن مفلح (٦٢٥ / ٥) . الإنصاف (٤٤١ / ٩) (٤٤٢) .

الضيف ، ففيه قولان ^(١) :

أحدهما : لا قصاص على المقدم ؛ لأن الأكل ليس مُلجئًا لا حِسًا ولا شرعًا .

والثاني : يجب ؛ لأن هذا التغرير يُفضي إلى القتل غالبًا في معين . ثم الصحيح أن الدية تجب . وقيل بطرد القولين .

ولو وضع الطعام المسموم في داره اعتمادًا على أن الداخل المقصود سيأكله انبساطًا ، فلا قصاص [عليه] ^(٢) . وقيل بطرد القولين . فلو ^(٣) دعا الضيف ، وحفر في الدهليز بئرًا ، فتردى فيه ، ففي القصاص قولان ^(٤) . فإن قيل : لو جرى سبب ، وقدر المقصود ^(٥) على دفعه ولم يدفع ؟ قلنا : هذا على مراتب :

الأولى : أن لا يكون السبب مُهلِكًا ، كما لو فتح عزقه بغير إذنه ولم يعصب ^(٦) حتى نزع الدم . أو ألقاه في ماء قليل ، فبقي مُشتعلًا حتى غرق ، أو حبسه في بيت ، فلم يطلب طعامًا مع القدرة حتى مات : فهو الذي أهلك نفسه ؛ فلا دية له ولا قصاص .

الثانية : أن يكون السبب مهلكًا والدفع عسيرًا ^(٧) ، كترك مداواة الجرح ، فالقصاص واجب .

الثالثة : أن يكون السبب مهلكًا وكان الدفع سهلًا ، كما لو ألقاه في ماء مُغرق فترك السباحة - وهو يُحسِنها - ففيه وجهان ^(٨) . ووجه الإيجاب : أنه قد يدهش عن السباحة ^(٩) والسبب في نفسه مهلك ^(٩) . وفي الدية وجهان مرتبان وأولى بالوجوب .

(١) إن كان الضيف صبيًا أو مجنونًا ، لزم القصاص . وإن كان بالغًا عاقلًا : فإن علم حال الطعام وأن به سُمًا ، فلا شيء على المناول أو المقدم ، بل الأكل هو الذي أهلك نفسه ، فإن لم يعلم بحال الطعام ، فقولان ، والأظهر أنه لا قصاص . انظر الروضة (٩/١٣٠) . الغاية القصوى (٢/٨٨٣) . مغني المحتاج (٤/٧) . نهاية المحتاج (٧/٢٥٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٤) والأظهر أنه لا قصاص أيضًا كما في مسألة تقديم السم للعاقل البالغ .

(٥) أي : المقصود قتله . (٦) في (أ) ، (ب) : « ولم يعصبه » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « عسير » وهو صحيح أيضًا .

(٨) والأصح أنه لا قصاص . انظر : الروضة (٩/١٣٢) . الغاية القصوى (٢/٨٨٤) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والسبب مهلك في نفسه » .

ولو ألقاه في نار فوقف ، فوجهان مرتبان . والظاهر : وجوب القصاص ؛ لأن النار بأول اللقاء تشنج الأعضاء ؛ فتعسر الحركة به ^(١) .

فإن قيل : لو كان به بعض الجوع ، فحبسه ^(٢) ومنعه الطعام حتى مات ؟ قلنا : إن عِلِمَ ، وَجِبَ القصاصُ ، كما لو قصد مريضاً بضربٍ خفيف . وإن كان جاهلاً بجوعه ففي القود قولان :

أحدهما : يجب ، كما لو ضرب مريضاً على ظنٍّ أنه صحيح ، فالجوع السابق - وإن كان مُعِينًا - فهو كالمرض .

والثاني : لا يجب ؛ لأن هذا القدر من الجوع ليس مهلكاً ، وزيادةُ الجوع الأول هو الذي أهلك بخلاف الضرب ، فإنه ليس زيادة في المرض ؛ لأنه ليس من جنسه ، فلم يمكن إحالة الهلاك عليه .

وحيث لا تُوجِبُ القصاص ، فلا بُدَّ من الدية . وفي قدرها قولان :

أحدهما : الكل ؛ إذ سقط القصاص كان بالشبهة .

والثاني : النصف ؛ لأن الهلاك حصل بالجوعين ، فهو كما لو وُضِعَ في السفينة المثقلة زيادةً مُغْرِقَةً ، ففي قدر الضمان ثلاثة أقوال :

(أحدها) : الكل . (والثاني) : النصف . (والثالث) : التوزيع ؛ لأن تأثير المثقلات في الإغراق متناسب بخلاف تأثير الجوع والجرح .

(١) وهذا بخلاف ما صُحِّحَ في الروضة بأنه لا قصاص . انظر : الروضة (٩ / ١٣٢) . والغاية (٢ / ٨٨٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وحبسه » .

الطرف الثالث

في اجتماع السبب والمباشرة

أما الشرط، فلا يخفى سقوطه معهما^(١)، كالمسك مع القاتل، والحافر مع المزدني؛ إذ لا قصاص عليهما ولا ضمانٌ خلافاً للمالك (رضي الله عنه) فإنه جعل المُسَكَّ شريكاً^(٢).

وأما المباشرة مع السبب، فعلى مراتب:

الأولى: أن يغلب السبب المباشرة. وذلك إذا لم تكن المباشرة عدواناً، كقتل القاضي والجلاد مع شهادة الزور، فالقصاص على الشهود. فإن كان عدواناً - بأن اعترف ولي القصاص بكونه عالماً بالتزوير - فلا قصاص على الشهود، ولادية؛^(٣) لأنه لم يُلجأ^(٤) حساً ولا شرعاً، فصار قولهم شرطاً محضاً كالإمساك.

الثانية: أن يصير السبب / مغلوباً بالمباشرة، كما إذا ألقاه من شاهق الجبل، فتلقاه إنسان^(٥) ب/ بسيفه فقده بنصفين^(٦) فلا قصاص على الملقى، عُرِفَ أو لم يُعرف؛ لأن إلقاءه صار شرطاً محضاً لما ورد عليه مباشرة مستقلة.

(١) إذا اجتمع الشرط والمباشرة، فالقصاص والدية يتعلقان بالمباشرة فقط. انظر الروضة (٩/ ١٣٣). الوجيز (١٢٢/٢).

(٢) مذهب الشافعية: أنه إذا اجتمع الشرط والمباشرة، تعلق القصاص والدية بالمباشرة فقط، كالمسك مع القاتل، والحافر مع المزدني، فلا قصاص عليهما ولا ضمان.

ومذهب المالكية: أنه يجب القصاص من المسك أيضاً، وللإمام أحمد في ذلك روايتان:

إحدهما: القصاص من المسك.

والثانية: أنه يحبس حتى الموت.

انظر: الوجيز (١٢٢/٢). الروضة (٩/ ١٣٣). القوانين الفقهية ص (٣٥٠). الإنصاف (٩/ ٤٥٩). حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٤٥، ٢٤٦). المبدع في شرح المقنع (٨/ ٢٥٩).

(٣) في (أ)، (ب)، : «لأنه غير ملجأ».

(٤) في (أ)، (ب)، : «فقده نصفين».

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة ، كالإكراه على القتل ، ^(١) فالأقوى لا يُخبط مباشرة المكره ^(٢) خلافاً لزرر وأبي يوسف . وهل تصير المباشرة مغلوبةً به حتى لا يجب القصاصُ على المكره ؟ فيه قولان ^(٣) فإن لم تُوجب القصاصُ ، ففي الدية قولان مرتبان وأولى بالوجوب ؛ لأنها تثبت مع الشبهة . ووجه الإسقاط ، نُقلُ الفعل [عن المكره] ^(٤) وجعله كآلة . وإن أوجبنا الدية ففي طريقها ^(٥) وجهان :

أحدهما : تجب [عليهما] ^(٥) جميعاً ثم يرجع على المكره ^(٦) .

والثاني : يجب [النصف] ^(٧) ؛ لأن إيجاب القصاص عليهما كالتشريك . فإن قلنا : لادية ، ففي الكفارة وجهان ^(٨) : وجه إثباتها : أنه آثم بالقتل وفاقاً . وقد تجب الكفارة حيث لا دية كما في الرمي إلى صف الكفار ^(٩) .

وإن قلنا : لا تجب ، ففي حرمان الميراث وجهان . والظاهر الحرمان ؛ لأنه آثم بالقتل . والكفارة والدية غرمٌ يمكن نُقله إلى المكره بخلاف الحرمان .

فإن قيل : فما قولكم في أمر السلطان ؟ قلنا : في نزوله منزلة الإكراه وجهان . وجه إلحاقه به أمران : أحدهما : أنه يُعلم من عادة السلطان السطوة عند المخالفة وإن لم يُصرّح به . وعلى هذه العلة يُلْتَحَق به كلُّ مُتَغَلِّب هذه عادته وإن لم يكن سلطاناً . ثم وجه التردد : أن المعلوم من عادته ،

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنه قوي لا تحبطه مباشرة المكره » .

(٢) والأظهر وجوب القصاص على المكره أيضاً ؛ لأنه آثم بالاتفاق . انظر : الروضة (١٣٥ / ٩) . الوجيز (٢ / ١٢٣) الغاية القصوى (٨٤٤ / ٢) . مغني المحتاج (٩ / ٤) . نهاية المحتاج (٢٥٨ / ٧) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « طريقه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلى المكره » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) والأصح أنها تجب . انظر الروضة (١٣٥ / ٩) .

(٩) إذا رمى مسلمٌ إلى صف الكفار ، فقتل مسلماً كان فيهم ، فلا دية على القاتل ، وتجب الكفارة ؛ قال تعالى : ﴿ .. وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمنٌ فتحريزٌ رقية مؤمنة ... ﴾ الآية [النساء : ٩٢] . انظر الجامع لأحكام

القرآن (٥ / ٢٣٢ ، ٣٢٤) . مغني المحتاج (١٣ / ٤) .

هل يكون كالمفوظ [به] ^(١) على الاقتران ؟ .

العلة الثانية : أن طاعة السلطان واجبة على الجملة ؛ كيلا تؤدي مخالفته إلى إثارة الفتنة ^(٢). ولذلك نقول : لا يُعزَل بالفسق . ولو كان الاستبدال به يُثير الفتنة فلا يُستبدل ؛ فتزاحم على الفعل موجب ومحرم . فإن لم يُبْعِ انتهض شبهة كالإكراه ، بخلاف أمر السيد عبده ، فإنه يجب عليه مخالفة السيد ؛ إذ لو عاقبه دَفَعَ السلطان ظُلمه ، وليس وراء السلطان يدٌ دافعة ، فمخالفته تُحرك الفتنة . نعم ، لو كان العبد من طباعه الضراوة ، فإذا أغراه بإنسان ، فالقصاص على السيد كما لو أغرى سَبْعًا ، وكذا ^(٣) لو أغرى مجنونًا هذه ^(٤) حاله ، هل ^(٥) يتعلّق الضمان بركة هذا العبد ، وبمال هذا المجنون ؟ أم يُنزَل منزلة اليهيمة ؟ فيه وجهان ؛ من حيث إنه إنسانٌ صورةً ، لكنه بهيمةٌ في المعنى .

فإن قيل : وما حدُّ الإكراه ؟ قلنا : قد ^(٦) ذكرنا صورته في الطلاق ، لكنّا نتعرّض لصور : إحداها : أنه لو أكره إنسانًا على أن يُكره ثالثًا على قتل الرابع ، فعلى الأول قصاصٌ ، وفيمن بعده قولان .

الثانية : لو قال : اقتل زيدًا أو عمًّا وإلا قتلُك ، فقتل زيدًا فهو مختارٌ ؛ لأنَّ مَبْلَه إلى زيدٍ ليس إلا عن شهوة ، ويظهر ذلك إذا قال : ^(٧) اقتل من أهل الدار واحدًا ^(٨) وإلا قتلُك .

الثالثة : أن يقول : اقتل نفسك وإلا قتلُك . فهذا ليس بإكراه . ولو قال : اقتلني وإلا قتلُك ، فهذا إكراهٌ وإذنٌ ، فهل يؤثر الإذن في سقوط القصاص والدية ؟ فيه ثلاثة أوجه :
أصحها : أنه يسقط ؛ لأنه صاحب الحق كما إذا قال : اقتل عبدي .

والثاني : لا ؛ لأن القصاص والدية تثبت للورثة ابتداءً لا إراثًا .

(٢) في (ب) : « فتنة » .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « هذا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

(٦) كلمة « قد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فهل » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « اقتل من أهل هذا البلد » .

والثالث : لا يجب القصاص ؛ للشبهة ، وتجب الدية .

فإن قيل : إذا رأيتم إيجاب القصاص عليهما ^(١) ؟ ^(٢) فإن لم يكن ^(٣) أحدهما كفؤاً [للمقتول] ^(٤) ؟ قلنا : يجب القصاص ^(٥) على الكفء ؛ لأن شريك غير الكفء يجب القصاص عليه كشريك الأب ^(٦) [وشريك العبد في قتل السيد] ^(٧) .

وإن كان أحدهما صبيّاً ، وقلنا : إنّ فعل الصبيّ خطأً ، فالآخر شريك خاطيء ، لكن إن كان المحمول صبيّاً ، فيحتمل أن يجب القصاص على الحامل ؛ لأنّ خطأه نتيجة الإكراه ، فهو كما لو أكره إنساناً على أن يرمي إلى طَلَلٍ ^(٨) عَرَفَهُ المَكْرَهَ إنساناً ، وظنّه الرامي جرثومةً ، ففي وجوب القصاص وجهان ^(٩) . وَجْهُ الإيجاب : جَعَلَ المَكْرَهَ مباشراً وجَعَلَ المَكْرَهَ آلَةً له ؛ لأنه تولّد من إكراهه . وعن هذا اختبط ^(١٠) الأصحاب في المكروه على إتلاف المال ^(١١) ، هل يُطالب بالضمان ؟ فعلى وجه : لا يطالب أصلاً ؛ لأنه كالألة ^(١٢) .

ولو أكرهه على صعود شجرة ، فزَلَقَتْ رجله فمات وجب القصاص على المَكْرَه ، ولم يُجعل كشريك الخاطيء ؛ لأنّ هذا الخطأ وَلَدَهُ إكراهه بخلاف جهل المَكْرَه وصَبَاهُ ، فإنّ فيه وجهين .

(١) يعني على المَكْرَه والمَكْرَه . (٢) في (أ) ، (ب) : « ولم يكن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « فلا يجب » وهو خطأ .

(٥) يعني كشريك الأب في قتل ابنه ، فلا يقتل الأب ، بل يقتل الشريك ، لأنه كفؤ للابن . وعليه ، فلو أكره الأب أجنبيّاً على قتل الولد ، أو أكره الأجنبيّ الأب ، فالقصاص على الأجنبي . انظر الروضة (١٣٦ / ٩) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) الطلل : بفتح الطاء واللام ، هو الشيء المرتفع ، ويقال لشخص الإنسان : طلل وطلالة . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٨٨ / ١ / ٣) .

(٨) والصحيح أنه يجب القصاص على الأمر دون المأمور . انظر الروضة (١٣٦ / ٩) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « يختلف » . (١٠) في (أ) ، (ب) : « مال » .

(١١) والأصح أنه يطالب بالضمان ، لكنه يرجع بالمغروم على الأمر ، هذا هو المذهب . انظر الروضة (١٤٢ / ٩) .

فإن قيل : فما الذي يُباح بالإكراه ؟ قلنا : لا يُباح به ^(١) القتل والزنا ، ويُباح به إتلاف المال ، بل يجب . وتُباح به الردة ، وفي وجوب التلفظ به ^(٢) وجهان ^(٣) ، منهم من لم يُوجب ؛ للتصلُّب في الدين . ويُباح شُرْب الخمر بالإكراه ، وفي وجوبه خلافٌ مرتب على الردة وأولى بالوجوب . والإفطار في الصوم يَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بوجوبه .

* * *

(١) قوله « به » ساقط من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٣) والصحيح أنه لا يجب النطق بكلمة الكفر ، وعليه فالأفضل أن يثبت ولا يتلفظ وإن قُتِل . انظر الروضة (١٤٢/٩) .

الطرف الرابع

أن يكون السبب من الآدمي والمباشرة من بهيمة

كما إذا ألقاه في تيار بحرٍ فالتقمه الحوت قبل الغرق ، فيلزمه القصاص ، ويُنزَلُ فِعْلُ الحوت منزلةً جرح السكين .

ولو ^(١) ألقاه في بئر عميق ، وكان في عمقه نُضْلٌ منصوب فمات [به] ^(٢) وجب القصاص . وخرج الربيع قولاً : أن الدية تجب دون القصاص ؛ اعتباراً باختيار الحيوان وكونه شبهةً في الدفع . وإن ألقاه في ماء لا يُغرق / ، فالتقمه الحوت من حيث لم يشعر الملقى : فلا يجب عليه إلا الدية . وإن عرف حضور الحوت لزمه القصاص .

ولو أمسك إنساناً وعرضه للسَّيِّع ^(٣) حتى افترسه ^(٤) ، وجب القصاص . والمجنون الضَّاري بطبعه كالسبع والحوت ، وإن لم يكن ضارياً اعتبر اختياره في قطع السبب .

فروع أربعة

الأول : لو أنهشه حيةً أو عقرباً - يُقتل مثله غالباً - لزمه القصاص ، ونُزِلَت الحية منزلةً السكين . ولو كان لا يقتل غالباً كان كفوز الإبرة ^(٥) .

الثاني : لو ألقى عليه عقرباً أو حيةً فنهشته ، فلا قود ؛ لأن الغالب أنه يَفِرُّ ، وإن كان ضارياً فهو كالإنهاش .

الثالث : لو جمع بينه وبين سبع في بيت فافترسه ، وجب القصاص . وإن كان بدله حية فلا قصاص ؛ لأن الحية تَفِرُّ ، والسبع في المضيق يثب ^(٥) بطبعه . فإن لم يكن الطبع كذلك لم يكن الحكم كذلك .

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فافترسه » .

(٤) انظر تفصيل الحكم في ذلك في الروضة (٩ / ١٢٤ ، ١٢٥) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يتوثب » .

الرابع : لو أغرى به كلبًا أو سَبَعًا في صحراء ، فلا قصاص بخلاف البيت ؛ فإنَّ السبع في المضيق يقصد ، وفي الصحراء يتوحش ^(١) .

فإن كان ضارًّا في الصحراء ولم يكن الهرب ممكَّنًا : لزم القصاص ، فإن كان الهرب ممكَّنًا فتخاذل ^(٢) ، فهو كترك السباحة .

* * *

(٢) أي فتخاذل الرجل ولم يهرب من هذا السبع .

(١) في (أ) ، (ب) : « يتحرش » .

الطرف الخامس

في طرآن المباشرة على المباشرة أو السبب على السبب

والحكم فيه تقديم الأقوى . فإن ^(١) اعتدلاً جمعنا بينهما ، فلو جرح الأول وحز الثاني الرقبة فالقاتل هو الثاني ؛ لانقطاع أثر الأول بخلاف ما إذا قطع هذا من الكوع ، والثاني من المرفق فمات ، فإن القصاص عليهما ؛ لأن ألم ^(٢) الأول ينتشر إلى الأعضاء الرئيسية ويبقى .

ولو قطع الأول حلقومه ولم يبقَ إلا حركة المذبحين ^(٣) فقدّه الثاني بنصفين ^(٤) ، فالقصاص على الأول ، ولا نظّر إلى حركة المذبحين بخلاف ما لو حز رقبة المريض المشرف على الموت ؛ لأن موته غير مقطوع به ، وبخلاف ما لو نزع أحشاءه وإن كان ^(٥) بحيث يُعلم أنه يموت بعد يوم أو يومين ، ولكنته في الحال يعقل بحياة مُستقرّة ، فإن القصاص يجب على من حز الرقبة ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) شاوَر في الخلافة في هذه الحالة ، فكيف لا تعتبر حياته ؟ وقال مالك (رحمه الله) : هو كحركة المذبحين .

فأما إذا جرح كل واحد جراحةً فمات بالسراية ، أو حز أحدهما الرقبة ، والآخر قد بنصفين ^(٦) معاً ، فهما شريكان ^(٧) .

فقد تنخل من هذا : أن العمد المحض العدوان المزهِق للروح سبب القصاص . ولا يرذ على

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن » . (٢) في (أ) ، (ب) : « الألم » .

(٣) المراد بحركة المذبحين ، الحالة التي لا يبقى معها الإبصار والإدراك ، والنطق والحركة الاختياريان ، فقد يُقدّ الشخص نصفين ، وترك أحشائه في النصف الأعلى ، فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم . وإن انتظمت ، فليست صادرة عن روية واختيار .

وهذه الحالة تُسمى حالة « اليأس » ولا يصح فيها إسلام كافر ، ولا شيء من تصرفاته ، ويصير المال للورثة ؛ فلو مات قريب لمن انتهى إلى هذه الحالة ، لم يورث منه ، وكما لا يصح فيها إسلام كافر ، لا يصح فيها ردة مسلم ، والعياذ بالله تعالى . انظر الروضة (١٤٥/٩)

(٤) في (أ) ، (ب) : « نصفين » . (٥) في (أ) ، (ب) : « وكان » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « نصفين » . (٧) وعليهما القصاص .

الحَدُّ ما لو استحقَّ حَزْرَقبة إنسان فقدَّه بنصفين^(١)؛ لأنَّه لا عدوان به^(٢) من حيث كونه إزهاقًا ، بل من حيث الإساءة في الطريق ؛ فلذلك لم يجب القصاص . فإن قيل : ظنُّ الإباحة ، هل يكون شبهةً ؟ قلنا : إذا قتل مَنْ ظنَّه مرتداً - ولم تُعهد له الردَّة - فيجب القصاص . وإن كان قد عُهدَ مُرتدًّا ، ولكِنَّه أسْلَمَ ولم يَشْغُر به فقولان^(٣) :

أحدهما : السقوط ؛ للظنِّ المَبْتَنَى^(٤) على الاستصحاب .

والثاني : يجب^(٥) ؛ لأنَّه غير معذور في هذا الظنِّ ، إذ لا يَحِلُّ لِلآحاد قَتْلُ المرتدِّ ، وكذلك لو ظنَّه عبدًا أو ذميًّا لزمه القصاص على المذهب ؛ لأنَّ هذا ظنٌّ لا يُبيح ؛ فهو كما لو زنى مع العلم بالتحريم والجهل بوجوب الحدِّ ، بخلاف ما إذا رأى مسلمًا في دار الحرب على زِيِّ المشركين ولم يعده مسلمًا فقتله ، فإذا هو مسلم ، فلا قَوَدَ وتجب الكفارة ، وفي الدية قولان ؛ لأنَّ القتل مباح بهذا الظنِّ ، وهو معذور :

[أحدهما : تجب ؛ لأنها ضمان المحلِّ ، وذلك لا يختلف باختلاف حال المتلف .

والثاني : أنها لا تجب^(٦) ؛ لأنها - وإن كانت عوضًا - فليست على مذاق الأعواض المحضة ؛ فإنها بدل للنفس . وتجب الكفارة قولًا واحدًا ؛ لأنها تجب من غير تقصير]^(٧) .
^(٨) ولو قتل إنسانًا على ظنِّ أنه قاتل أبيه ، ففي وجوب القصاص قولان^(٩) :

[أحدهما : يجب ؛ لأنه غير معذور فيه^(٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « نصفين » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٣) في الأصل « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « المَبْتَنَى » .

(٥) وهذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين (١٤٧/٩) . الغاية القصوى (٨٨٦/٢) . مغني المحتاج (١٤/٤) .
 نهاية المحتاج (٢٦٥/٧) .

(٦) وهذا هو الأظهر . انظر : الروضة (١٤٧/٩) . مغني (١٣/٤) . نهاية المحتاج (٢٦٤/٧) .

(٧) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « وأما لو ظنه قاتل أبيه ، فقولان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) وهذا القول هو الأظهر وهو المذهب . انظر الروضة (١٤٧/٩) . الغاية القصوى (٨٨٦/٢) . مغني المحتاج (١٤/٤) .
 نهاية المحتاج (٢٦٥/٧) .

الثاني : لا يجب ؛ لأن هذا الظن مما يُمْنَهْدُ عُذْرَهُ [^(١) ؛ لأن القتلَ مباحٌ بهذا الظن ، لكنّه غير معذور ؛ ولهذا نقطع بالوجوب إذا قال : تَبَيَّنْتُ أَنَّ أَبِي حَيٌّ .

ومن أصحابنا من قطع بأنّه لو صدقه وليُّ الدم ، فلا قصاص . وإنما القولان إذا تنازعا .

ومنهم من طرد القولين ؛ لأنّه ظنٌّ من غير مُسْتَنَدٍ شرعيّ .

* * *

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

الركن الثاني

القتيل

وشرط كونه ^(١) مضموناً بالقصاص على الجملة : كونه معصوماً . والعصمة تُستفاد بالإسلام . والجزية والأمان يتنزّلان ^(٢) منزلته . والحريّ مهذّر ، ^(٣) والمؤتد كذلك ^(٤) في حقّ المسلم ، ولكن في حق الكافر ^(٥) الذميّ والمرتد إذا قتله [فيه] ^(٦) خلاف ^(٧) .

ومنّ عليه القصاص معصوم في حق غير المستحقّ .

والزاني المحصن معصوم بالقصاص عن الذميّ . وعن المسلم فيه وجهان ، مثارهما : التردّد في أنّ الحدّ للمسلمين ، والإمام نائبهم ؟ أو إضافة الحدّ إلى الله تعالى كإضافة القصاص إلى إنسان معين حتى لا يظهر أثره في حق غيره ^(٨) ؟ .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « وشرطه أن يكون » . (٢) في (أ) ، (ب) : « يُنزّلان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكذلك المرتد » . (٤) كلمة : « الكافر » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) إذا قتل الذميّ مرتدّاً ، فلا يُقتل الذميّ على الأظهر . وإذا قتل المرتد مرتدّاً ، قُتل به ، ويُقدّم قتله بالقصاص الواجب عليه على قتله بالردة ؛ لأنه حقّ آدمي ، فإن عُفي عنه على مال : أُخذ من تركته وقُتل بالردة . ولا دية لمرتد وإن قتله مثله ؛ لأنه لا قيمة لدمه . انظر : الغاية القصوى (٨٨٦/٢) . مغني المحتاج (١٧/٤) . حاشية أحمد بن عبد الرزاق المغربي على نهاية المحتاج (٢٦٩/٧) .

(٧) والأصح المنصوص أنّ الزاني المحصن لو قتله مسلم ، فلا قصاص عليه . انظر : الروضة (٨٤١/٩) . مغني المحتاج (١٥/٤) .

الركن الثالث

القاتل

وشرط وجوب القصاص عليه أن يكون ملتزماً للأحكام ؛ فلا قصاص على الصبي ، والمجنون ولا على الحربي . ويجب على الذمي ، وفي السكران خلاف مبني على أنه يُشلك به مَمْلُك الصّاحي أو المجنون ^(١) ؟ .

هذا هو النظر / في صفات القتل والقتيل والقاتل ، ووراء هذه صفات هي نسبة بين القاتل ١٢٣/أ والقتيل ^(٢) لا يمكن تخصيصه بأحدها ^(٣) وهو ألا يفضل القاتل القاتل بالدين والحرية والأبوة . وقد تُعتبر فضيلة العدد والذكورة وتأبّد العصمة عند بعض العلماء ^(٤) فمجموع هذه الخصال ستة ^(٥) :

الخصلة الأولى من خصال الكفاءة : التساوي في الدين الحق :

فهذه الفضيلة في القاتل تمنع وجوب القصاص ابتداءً ، فلا يقتل مسلم بكافر ، ويُقتل اليهودي بالنصراني ومعتمد هذه الخصلة قوله ﷺ : « لا يُقتل مؤمن بكافر ^(٦) » .

فروع أربعة

الأول : لو قتل ذمي ذميًا ، ثم أسلم القاتل قبل استيفاء القود : اقتُص منه ؛ لأن المساواة شرطٌ لينعقد القتل سببًا للوجوب ، فما طرأ بعد ذلك لا يمنع الاستيفاء . ولو أسلم الجارح بين الموت

(١) والمذهب وجوب القصاص على السكران المتعدي بسكره ، ولقلا يؤدي تركه إلى ترك القصاص ، وإلا فمن أراد أن يقتل شخصًا لا يعجز أن يشرب مسكرًا ثم يرتكب جنايته فيسقط عنه القصاص .

والحق بالسكران من تعدي بشرب دواء مُزيل للعقل . وأما غير المتعدي بسكره ، فهو كالمعتوه ؛ فلا قصاص عليه : انظر الروضة (١٤٩ / ٩) . مغني المحتاج (١٥ / ٤) . نهاية المحتاج (٢٦٧ / ٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا يمكن تخصيصها بأحدهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فمجموع هذه ست » .

(٤) رواه البخاري في كتاب « الديات » باب « لا يُقتل المسلم بالكافر » حديث (٦٩١٥) .

والجرح فالنظر إلى حالة الجرح ؟ أو إلى حالة الموت ؟ فيه وجهان ^(١) .

الثاني : إذا قتل عبدٌ مسلمٌ عبدًا مسلمًا لكافرٍ ، ففي وجوب القصاص وجهان ^(٢) :

أحدهما : يجب ؛ لأنَّ الكفاءة بين القتل والقاتل موجودةٌ ، والسيد كالوراث . ولو مات وليُّ القتل الذميّ - بعد أن أسلم القاتلُ بعد القتل وقبل استيفاء القود - فالمذهبُ بثبوت القصاص لهذا الذميّ ؛ لأنه في حكم الإرث والدوام .

الوجه الثاني : أنه لا يجب ^(٣) ؛ لأنَّ هذا القصاص يجب ابتداءً للسيد - وهو كافر - ولا يجب للعبد حتى يُورث منه ، ولا يمكن تسليط كافرٍ ابتداءً على مسلم .

الثالث : لو قتل مسلم مرتدًا فلا قصاص . فلو قتله مرتدٌ ^(٤) فالظاهر وجوبُ القصاص ؛ للتساوي . وقيل : المرتدُّ مُهدّرٌ كالحربيّ ، ولا يجب قصاصُ الحربيّ على الحربيّ . أمّا إذا قتله ذميّ ^(٥) ، فثلاثة أقوال :

أحدها : ^(٦) أنه يجب القصاص لعمره ، ودية لخطئه ^(٦) لأنه ساواه في الدين ، والمرتد ليس بمهدّرٍ في حقّه .

والثاني : لا يجب ؛ لأنه مهدر ، والذميّ معصوم ^(٧) .

والثالث : قاله الإصطخريّ : يجب القصاص سياسةً ، ولا تجب الدية ؛ لأنه غير معصوم .

الرابع : المرتدُّ إذا قتل ذميًا ، ففيه قولان :

(١) وتوضيح هذه المسألة كما قاله في الروضة (١٥٠ / ٩) : أنه « لو جرح ذمي ذميًا أو معاهدًا ، وأسلم الجراح ، ثم مات المجروح بالسراية ، وجب القصاص على الأصح عند الجمهور ، وقطع به جماعة » . وانظر مغني المحتاج (٤ / ١٦) ، نهاية المحتاج (٢٦٩ / ٧) .

(٢) في الأصل : « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه الثاني هو الأصح عند المتأخرين من الشافعية . انظر الروضة (١٥١ / ٩) .

(٤) أي قتل المرتد مرتدًا . (٥) أي إذا قتل المرتد ذميًا .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أنه يجب القصاص بعمره ، والدية بخطئه » .

(٧) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الغاية القصوى (٨٨٦ / ٢) . مغني المحتاج (١٧ / ٤) . نهاية المحتاج (٢٦٩٧) .

أحدهما ^(١) : اختيارُ المِزني : أنه يُقتل كالذَمِيمِ ^(٢) .

والثاني : لا ؛ لأنَّ حرمة الإسلام باقية ؛ ولهذا لا يجوز للذَمِيِّ نكاح المرتدة ، ولا يحلُّ استرقاقها .

الخصلة الثانية : الكفاءة في الحرية :

فلا يُقتل الحرُّ ولا مَنْ فيه شِقْصٌ من الحرية برقيق ، كما لا تقطع يده وفاقاً . ثم طرَأَ الحرِّيَّةُ أو الرِّقُّ على القاتل بعد القتل ^(٣) لا يمنع من استيفاء القود كما في طرَأَ الإسلام .

فروع ثلاثة

الأول : الناقص مقتول بالكامل . والمستولدة والمكاتب حكُمهما حكمُ القَيْنِ [في القصاص] ^(٤) . والمكاتب إذا قتل عَبْدَ نَفْسِهِ لم يُقتل به ؛ لأنه سيده وإن كان هو أيضاً رقيقاً . ولو كان عبده أباه - وقد تكاتب عليه - ففي قتله وجهان . ووجه الإيجاب : أنَّ ملكه على الأب ليس مُسْتَقَرّاً ؛ لأنه يستحق العتق بعتاقه ، فلا يكون شبهة ^(٥) .

الثاني : مَنْ نصفه حرٌّ ، ونصفه عبدٌ - إذا قتل مَنْ هو في مثل حاله - قال العراقيون : يجب القصاص ؛ للتساوي إلا إذا كان جزء ^(٦) الحرية من القاتل أكثر . وقالت المراوزة : لا يجب مادام في القاتل جزءٌ من الحرية ولو العشر ، وفي القاتل جزءٌ من الرِّقِّ ولو العشر ؛ لأنَّ كلَّ جزء من القاتل يقابله جزءٌ شائع من القاتل من الحرية والرِّقِّ ، فيؤدي إلى استيفاء جزء من الحرِّ بجزء من الرقيق ، وهو مقتضى التوزيع المذكور في مسألة مُدَّ عَجوة ^(٧) .

الثالث : العبد المسلم والحر الذَمِّي ، لا قصاصٌ بينهما من الجانبين ؛ لأنَّ كل واحد منهما فضل صاحبه بفضيلة ، والنقيصة لا تُجَبَّرُ بفضيلة . ومهما آل أمرُ العبد إلى المال ، فالواجب قيمته

(١) زيادة ليست في النسخ .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر مغني المحتاج (١٦ / ٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الرق » وهو خطأ . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني فلا يكون شبهة في دَرْءِ الحدِّ عنه . (٦) كلمة « جزء » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر تفصيل هذه القاعدة في الروضة (٣ / ٣٨٦ - ٣٨٧) .

بالغة ما بلغت، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُزاد على دية الحر، بل يُحط عنه قدرُ نصاب السرقة ^(١) .

الخصلة الثالثة : فضيلة الأبوة :

قال رسول الله ﷺ « لا يُقتل والدٌ بولده » ^(٢) . ففهم منه أن الولد لا يكون سبباً لإعدام من هو سبب وجوده ؛ فيتعدى هذا إلى الأم والأجداد والجدات . وذكر صاحب « التلخيص » في الأجداد والجدات قولاً ، واقتصر على النسب القريب في الوجود . وهذا ضعيف ؛ ولهذه العلة منعنا أن يقتل الابن أباه الحربي ، أو الزاني المحصن إذا كان الابن جلاًداً . وكأن الخلل في الاستيفاء والقصاص في حكم الواجب الساقط ، ولهذا لو قتل زوجة ابنه فلا قصاص ؛ إذ صار ابنه شريكاً في الاستحقاق فلا يمكنه الاستيفاء ، وكذلك / لو قتل معتق ابنه ، وله وارث سوى الابن فمات ١/٢٣٢ وصار الابن ورثاً : سقط .

فرعان

أحدهما : أخوان قتل الأول أباه ، وقتل الثاني أمه ، فإن كانت الأم زوجة الأب فلا قصاص على الأخ القاتل للأب ؛ لأن قصاصه ثبت للأخ والأم ، فلما قتل الثاني الأم ورث منها قصاص نفسه ، فسقط ؛ إذ يستحيل أن يستحق قتل نفسه .

وإن لم تكن زوجة [الأب] ^(٣) استحق كل واحد منهما قصاص صاحبه ، ولم يستحق أحدٌ قصاص نفسه إرثاً ^(٤) عن قتيله ؛ لأن القاتل محروم عن الميراث .

ولو بادر أحدهما وقتل آخر ^(٥) ، سقط القصاص عن المبادر ؛ لأنه ورث قصاص نفسه عن أخيه القتيل ، إن قلنا : إن القتل بالحق لا يحرم الميراث . وعلى هذا ، إذا كان يستفيد بالمبادرة

(١) انظر ردعوس المسائل ص (٤٥٩) .

(٢) الحديث رواه الترمذي في سننه (١٢/٤) (١٤) كتاب « الديات » (٩) باب « ما جاء في الرجل يقتل ابنه ، يُقَاد منه أم لا » حديث (١٤٠٠) بإسناده عن عمر بن الخطاب قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يُقَاد الوالد بالولد » . ورواه أحمد في مسنده (١٦ / ١) حديث (٩٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) كلمة : « إرثاً » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) كذا في الأصل ، ولعلها « الآخر » كلمة : « آخر » ساقطة من (أ) ، (ب) .

تخليص نفسه ، فلو تنازعا في السبق ، فالوجهُ : أن يُقدّم مَنْ سبق استحقاقه ، ويُقرع^(١) بينهما إذا تساويا .

ومهما تساويا في قتل الأبوين ، فلا فرق بين أن تكون الأم زوجةً أو لا تكون^(٢) ؛ إذ لا سبيل إلى توريث أحد القتيلين من الآخر .

الثاني : لو تداعى رجلان لقيطاً أو وطيّاً منكوحهً بالشبهة ، فأنت بوليد فقتله أحدهما قبل إلحاق القائف ، فلا قصاص في الحال ؛ لأن أحدهما أبٌ وقد اشبهه الأمُّ ، فهو كما [لو]^(٣) اشبهه إناءً نجسٌ بإناء طاهر ، فلا يجوز استعماله من غير اجتهاد . فإن ألحقَ القائفُ بغير القاتل اقتُصَّ من القاتل ، وإن ألحقه به فلا .

الخصلة الرابعة : التفاوت في تأبد العصمة : والمذهب : أنه لا يعتبر ، بل يُقتل الذمي ٢٣٢/ب بالمعاهد كما يقتل المعاهد به ، وفيه احتمال .

الخصلة الخامسة : فضيلة الذكورة : ولا تعتبر بالاتفاق ، بل يُقتل الرجلُ بالمرأة . وقال عليُّ بن أبي طالب (رضي الله عنه) : يجب في تركة المرأة المقتولة شطْرُ دية الرجل ؛ لتكون مع ديتها كفؤاً للرجل . فإذا قتلت المرأة رجلاً قال : لا يقنع بدمها ، بل يطلب معه شطْر دية [من تركها مع قتلها أيضاً]^(٤) .

فرعان

أحدهما : في الخنثى . إذا قطع الرجلُ ذَكَرَ خُنْثَى مُشَكِّلٍ^(٥) وسَفَرْتِه ، فلا قصاص في الحال ؛ لاحتمال أن المقطوع امرأة ، وكذلك إن كان القاطع امرأة لم يجب ؛^(٦) لاحتمال أن المقطوع رجلٌ ، والشفران زائد . فإذا تبين الحال لم يخف^(٦) الحكم .

(١) في الأصل : « أو يقرع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) أي لا فرق بين أن تكون الأم زوجةً للأب وقتَ القتل أو لا تكون زوجةً له .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) أيضاً .

(٥) الخنثى المشكل هو الذي لم يتبين بقدر كونه ذكراً أو أنثى .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

فلو طَلَب الخُنثى - في الحال - الدية وعفا عن القصاص ، سلمنا إليه دية الشفرين وحكومة الذكر ، ^(١) وقدرناه امرأة ^(٢) أخذنا بأحسن التقديرين واقتصاراً على المستيقن ؛ إذ تقديرُ الذكورة يزيدُ على هذا لامحالة .

وإن لم يَعْفُ عن القصاص ، وقال : لا بد من تسليم شيء ؛ لأنني أستحقُّ ^(٣) مع القصاص ^(٤) شيئاً لامحالة : فإن كان القاطع رجلاً ، فالقصاصُ محتمل في الذكر ^(٥) فلا تُقَدَّر دِيَّتُهُ ^(٦) ، بل يصرف إليه أقلُّ الأمرين من حكومة الشفرين بالإضافة إلى حالة الذكورة ، أو دية الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة . ويكون المصروفُ إليه - بكل حال - أقلُّ من مائة من الإبل [ويصرف إليه ، فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة] ^(٧) .

وإن كان القاطع ^(٨) امرأة ، فلا تُقَدَّر دية الشفرين ؛ لإمكانِ القصاصِ فيه ، بل تُقَدَّر حكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة ويصرف إليه ؛ فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة . وإن كان القاطع ^(٩) خُنثى مُشْكِلًا ، لم يُصْرَف إليه شيء ؛ إذ يحتمل أن يكونا رجلين أو امرأتين ، فيجري القصاصُ في الإليتين ، الزائد بالزائد ، والأصلية بالأصلية . ولو قَطَعَت المرأة آلة الرجال ، والرجلُ ^(١٠) آلة النساء فلا يُنَصَّوَرُ القصاصُ ؛ فعلى كل واحد حكومة على تقدير كونها ^(١١) زائداً ، بشرط أن لا تزيد على تقدير الدية فيها ، فإنه لو كان رجلاً ، فربما تكون حكومة في شفره أكثر من دية امرأة ، فلا يجب إلا ما دونه . ومن الأصحاب من قال : إذ لم يَعْفُ عن القصاص ، وكان القاطع رجلاً أو امرأة فلا يُصْرَف إليه شيء في الحال ^(١٢) لأن ما يطالب به ^(١٣) ليس يُدْرَى أهو حكومة أم دية ؟ . وهو ضعيف .

الفرع الثاني : ^(١٤) إذا كان الجاني رجلاً ، وكان المجني عليه يدعي عليه بأنك ^(١٥) أقررت

-
- (١) في (أ) ، (ب) : « وقدرناه أنه امرأة » .
 (٢) في (أ) ، (ب) : « فلا تقدر دية الشفرين » .
 (٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .
 (٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .
 (٥) في (أ) ، (ب) : « أو الرجل » .
 (٦) في (أ) ، (ب) : « كونه » .
 (٧) في (أ) ، (ب) : « لأن ما يطلب منه » .
 (٨) كلمة « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .
 (٩) ساقط من (أ) ، (ب) .
 (١٠) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .
 (١١) في (أ) ، (ب) : « أو الرجل » .
 (١٢) في (أ) ، (ب) : « لأن ما يطلب منه » .
 (١٣) في (أ) ، (ب) : « بأنني » .
 (١٤) في (أ) ، (ب) : « لأن ما يطلب منه » .
 (١٥) في (أ) ، (ب) : « بأنني » .

بأني رجلٌ ؛ فلي القصاصُ في الذَّكر ، وقال الجاني : بل أقررتُ بأنك امرأة ، ففيه قولان : أحدهما : القول قولُ الجاني ؛ إذ الأصلُ عدمُ القصاص (١).

والثاني : القول قولُ المجنِّي عليه ؛ لأننا نحكم له بالذكورة بقوله إن تقدّم على الجناية ، فكذا إذا تأخّر .

الخصلة السادسة : التفاوت في العدد :

ولا يؤثر (٢) ذلك ، بل تُقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله ، والواحد إذا قتل جماعة قُتِلَ بواحدٍ وللباقين الدِّيَّاتُ . وإنما يوجب القصاص على كل شريك ؛ لأنه قاتلٌ بفعله ، وفعلُ شريكه منسوبٌ إليه برابطة الاستعانة وكمال (٣) به فغُلّه حسماً للذريعة ، لكن يُشترط (٤) أن يكون فعلُ شريكه عمداً مضمناً ، وإن كان خطأً / فلا قصاص على الشريك ، لخروج الفعل عن كونه ٢١٨/ب موجباً ، خلافاً للمزني (رحمه الله) (٥) . فيجب القصاصُ على شريك الأب (٦) ، وعلى الذمي إذا شارك المسلم في قتل ذمي ، وعلى العبد إذا شارك الحر في قتل عبد ، وكذا كلُّ عامد ضامن ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) (٧) .

ولو شارك عامداً (٨) غير ضامن كشريك الحربي ومستحق القصاص والإمام في قطع يد السارق ، وكما إذا جرح جريحاً حريئاً أو مرتدداً ، فجرّحه الآخر (٩) بعد الإسلام ، ففيه قولان :

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٩ / ١٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلا يؤثر » . (٣) في (أ) ، (ب) : « فكمل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لكن بشرط » . (٥) انظر الروضة (٩ / ١٦١) .

(٦) يعني أنه يجب القصاص على شريك الأب في قتل ولده ، وعلى الأب نصف الدية مغالطة . وفارق شريك الأب شريك المخطيء بأن الخطأ شبهة في فعل الخاطيء ، والفعالان مضافان إلى محل واحد ، فأورث شبهة القصاص كما لو صدر من واحد . وشبهة الأب في ذات الأب لا في الفعل ، وذات الأب متميزة عن ذات الأجنبية ، فلا تُورث شبهة في حقه . انظر مغني المحتاج (٤ / ٢٠) .

(٧) انظر رءوس المسائل ص (٤٦٠) . رد المحتار (٦ / ٥٣٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عامداً » . (٩) في (أ) ، (ب) : « آخر » .

أحدهما : أنه يجب ، كما في شريك الأب ؛ لوجود العمدية ^(١) .

والثاني : لا ؛ لأن الفعل اتَّصَف بكونه مباحًا ، فاكْتَسَب صفةً من هذه الأسباب كما اتَّصَف بكونه خطأً ، فَرَجَعَ الخللُ إلى وصف الفعل .

والسبغ مُرَدَّدٌ بين الحربيِّ والخطائيِّ ، ففي وجهه : يلتحق بالخطائيِّ ، وهو الأصح . وفي وجهه : بالحربيِّ . وعلى هذا ^(٢) لو أخطأ الشَّيْخُ فشريكه شريك الخطائيِّ .

وفي شريك السيد طريقان : منهم من قال : هو كالحربي ^(٣) ؛ لسقوط القصاص والدِّية . ومنهم من قال : هو ضامنٌ للكفارة ، فأشبهه الأب .

وشريك القاتل نفسه إن قلنا : تجب الكفارةُ على قاتل النفس ، فهو كشريك السيد في عبده وإلا فهو كشريك الحربي ^(٤) .

فروع أربعة

الأول : إذا اتحد الجارح - واقترن بأحد الجرحين ما يدرأ القصاص - سقط القصاص ^(٥) ، سواء رجع الخلل إلى وصف الفعل - كما لو كان أحدهما خطأً - أو لم يرجع ، كما لو جرح حربيًّا أو مرتدًّا ، ثم أسلم فَجَرَحَهُ ثانيًا ، أو قطع بالقصاص أو الحدَّ قَطْعًا حَقًّا ^(٦) ، ثم جرح ؛ لأن الفاعل قد اتحد ، وإذا اتحد المضاف إليه استوى ما يرجع إلى الصفة وإلى الإضافة ^(٧) .

الثاني : لو داوى المجروح نفسه بِسَمِّ مُدَقَّفٍ ، فلا قصاص على الجارح ^(٨) . وإن كان يؤثر على الجملة ولا يُدَقِّفه فالجارح شريك النفس . وقيل : لا يجب القصاص قطعًا ؛ لأنه شريك

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٩ / ١٦٢) . (٢) في (أ) ، (ب) : « ولهذا » .

(٣) في نسخة أخرى : « هو كالحيوان » كذا على هامش الأصل .

(٤) والمذهب وجوب القصاص . انظر الروضة (٩ / ١٦٢) .

(٥) يعني سقط القصاص في النفس . (٦) أي قطعًا مستحقًا .

(٧) ولكن يجب قصاص الطرف المقطوع بعد إسلامه ، أو بعد قطعه قصاصًا .

(٨) ولكن عليه أرش جراحته ، أو القصاص إن تعلق بجرحه قصاص طرف . انظر الروضة (٩ / ١٦٤) . مغني

المحتاج (٤ / ٢١) .

الخاطيء؛ إذ المداوي^(١) مخطيء، وكذلك إذ خاط المجروح جرحه في لحم حي، صار شريكاً، ويمكن أن يجعل مخطئاً^(٢).

ولا شك [في] ^(٣) أنه لو كان عليه قروح - أو به مرض - فلا يصير به شريكاً، وهل يجعل مباديء الجوع شريكاً إذا تمَّ غيره جوعه إلى الموت؟ فيه ترددٌ سبق؛ لأنه - وإن كان معتاداً - فهو داخل تحت الاختيار.

الثالث: إذا توالى جمعٌ على واحد، فضربه كل واحد سوطاً واحداً فمات، ففي وجوب القصاص ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يجب؛ لأنَّ كل واحدٍ خاطيءٌ وشريكُ الخاطيءِ خاطيءٌ، إذا أتى بما لا يُقصد به القتل.

والثاني: يجب؛ لأنَّ المجموعَ قاتلٌ، ولو فُتِحَ هذا الباب لصار ذلك ذريعةً.

والثالث: يجب إن صدر ذلك عن التواطؤ^(٤)، وإلا فلا^(٥).

الرابع: إذا جرح أحدهما، فأنهشهُ^(٦) الآخرَ حيَّةً، أو أغرى عليه سَبْعاً وجرحه: فالديةُ عليهما نصفان؛ لأنَّ كثرة الجراحات لا تعتبر؛ فإن أغواها لا تنضب، والحيَّة والسبع كالآلة له.

ولو جرح ونهشه حية، فعليه نصفُ الدية، ولو نهشته حيةً وجرحه سَبْعٌ، فعليه ثلثُ الدية؛ لأنه شريكٌ حيوانيين مختارين. وفيه وجه: أن عليه نصف الدية؛ نظراً إلى أصل الشراكة وإعراضاً عن عدد الحيوانات.

واختتام القول بفصل في تغيير الحال بين الجرح والموت، على الجارح أو المجروح، وله أربعة أحوال:

(١) في (أ)، (ب): « المداوي ».

(٢) في الأصل « مخطئا »، والمثبت من (أ)، (ب).

(٣) زيادة من (أ)، (ب). (٤) في (أ)، (ب): « عن المواطء ».

(٥) وهذا الوجه هو الأصح. انظر الروضة (٩ / ١٦٦). مغني المحتاج (٤ / ٢٢).

(٦) في (أ)، (ب): « وأنهشه ».

الحالة الأولى : أن تطرأ العصمة بأن جرح حريثاً أو مرتدّاً أو عبْدَ نفسه ، ثم طرأ الإسلام والعقْتُ قبل الموت : لم يجب القصاص . وفي وجوب الضمان وجهان :

أحدهما : لا يجب ؛ نظرًا إلى ابتداء الفعل ^(١) .

والثاني : يجب ؛ نظرًا إلى حالة الزهوق . وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) في إعتاق السيد العبد بعد الجرح أن لا ضمان . ونصّ في جارية مشتركة حاملٍ بولد رقيق ، ضرب أحدهما بطنها ، ثم أعتق نصيبه فسرى ، فأجهضت جنينًا ميتًا : أن على الجاني غُرّةً كاملة . وهذا يُناقض نصّه الأول ؛ فقيل : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج . وقيل : إنه إنما أوجب الغرّة ؛ لأنّ اتصال الجناية بالولد إنما يُعرف عند الولادة ، وما قبل ذلك لا يُعتبر وقد كان الولد حرّاً عند الولادة . وإذا أوجبنا ^(٢) الدية في الحربي ^(٣) ، فقيل : إنه مضروبٌ على العاقلة ؛ لأنه خطأ بالإضافة إلى حالة الإسلام .

الحالة الثانية ^(٤) : أن يطرأ المهْدِرُ ^(٥) كما لو جرح مسلمًا فارتدّ ومات : فليس عليه إلا أَرْشُ الجناية التي ثبتت في حالة الإسلام . وأما السَّرَايَةُ فمُهْدَرَةٌ ^(٦) .

ولو قطع يده فارتدّ ومات ، قال / الشافعي (رضي الله عنه) : لَوْلِيَّهِ الْمُسْلِمُ الْقَصَاصُ ^(٧) . ١/٢٣٣
وهذا ^(٨) تفرّيقٌ على أن مَنْ لا وارثَ له يجب القصاصُ على قاتله ؛ لأنّ المرتدَّ لا وارثَ له ، ولكن إثباته للمسلم مُشْكَلٌ ؛ فإنّ المسلم لا يرث حقوقَ المرتدِّ عندنا ، بل حقوقُه لبيت المال ، ولكن لما ظهر مقصود ^(٩) التشفّي كان الوليُّ المسلمُ أولى بالاستيفاء من الإمام ^(١٠) . وقيل : أراد الشافعي

(١) وهذا الوجه هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١٢ / ١٦٧) . المنهاج ص (١٢٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وجبت » . (٣) يعني في الحربي الذي جرح ثم أسلم ومات .

(٤) في الأصل : « الحالة الثالثة » وهو خطأ . (٥) في الأصل : « بالمهدر » ، والمثبت من (أ) ، (ب)

(٦) ومن ثمّ فلا يجب قصاص النفس ولا ديتها ولا الكفارة ؛ لأنّ نفسه تلفت وهي مهدرة . انظر روضة الطالبين (١٢ / ١٦٨) .

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) . (٨) في الأصل : « ولهذا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في الأصل : « بمقصود » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) وهذا ما عليه الجمهور من الشافعية . انظر الروضة (١٢ / ١٦٩) .

(رضي الله عنه) بالوليّ المسلم الإمام .

فروع : لو قطع يَدَيِ المسلم ورجليّه ، فارتدّ ومات : فلا تلزمه إلا دية واحدة ؛ لأنّ موته كافراً لا يزيد على موته مسلماً . وقال الإصطخريّ : تجب ديتان ؛ لأنّا لو أدرَجْنَا لأَهْدَرْنَا ، فَعُسِرُ الإدراج - بطرآن المهدير - كعُسِرِهِ بما لو حَزَّ غَيْرُهُ رقبته . ولهذا الإشكال ذِكْرُ وَجْهٍ في سقوط أصل الأرض ؛ لأنّ الجرح صار قَتْلًا ، والقتل صار مهْدَرًا ؛ فلا يبقى للقتل والجرح عِبْرَةٌ .

الحالة الثالثة ^(١) : لو ارتد بعد الجرح ، ثم أسلم ومات ، فالنصّ : سقوط القصاص ^(٢) . ونصّ في الذميّ إذا جرح ذميًّا والتحق المجروح بدار الحرب ، ثم عُقِدَ له أمانٌ ثانيًا ثم مات : أنه يجب القصاص ؛ فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، يُنظر في أحدهما إلى حالة الجرح والموت ، وفي الثاني إلى الكلّ ؛ لأنّ الجراحة تُسري في حالة الردّة أيضًا ، فهو كما لو جرح في حالة الردّة ، ثم في حالة الإسلام . وقيل : المسألة على حاليّن ، فإن طال زمانُ الردّة ، فظهر أثرُ الردّة : فلا قصاص ، وإن قرب فلا أثر له .

وإن آل الأمر إلى الدية ، فالنصّ : وجوب كمال الدية . وخرج ابن سريج قولاً : أنه يجب ثلثا الدية ، ويُهدر الثلث بهدر السّراية في إحدى الأحوال الثلاثة . وقيل : يجب النصف ؛ جَمْعًا ^(٣) لحالتي العصمة في مقابل حالة ^(٤) الإهدار .

الحالة الرابعة : أن يطرأ ^(٥) ما يغيّر مقدار الدية ، كما لو جرح ذميًّا فأسلم - أو عبدًا فأعتق - ثم مات ، فالنظر في المقدار إلى حالة الموت ، فلو فقأ عَيْنَيِ عبدٍ قيمته مائتان من الإبل ، فعتق ومات ^(٦) : فعليه مائة من الإبل ؛ لأنه بدلُ حُرٍّ . وقال المزني (رحمه الله) : يجب مائتان من الإبل لأنّه يُضْرَف إلى السيد ^(٧) :

(١) وهي أن يتخلل المهْدِرُ بين الجرح والموت .

(٢) ولكن تجب الكفارة قطعًا . انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) . الروضة (١٢ / ١٦٩) .

(٣) في الأصل « جميعًا » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٤) كلمة « حالة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « إن طرأ » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « فمات » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) .

ولو قطع إحدى يدي عبد، فَعَتَقَ ومات: فعليه مائة من الإبل، وفي المصروف إلى السيد قولان: أحدهما: أنه أقلّ الأمرين من كل الدية أو كل القيمة، والعبارة عنه: أن المصروف [إليه] ^(١) أقلّ الأمرين مما التزمه الجاني آخرًا بالجناية على الملك أولاً أو مثل نسبته من القيمة ؟ .

والقول الثاني: أنه أقلّ الأمرين من كل الدية ^(٢) أو نصف القيمة ^(٣)؛ فإن الجراحة في ملكه لم تنقص إلا النصف، فلم يُمَتَّ في الرق حتى تُعتبر كل القيمة ^(٤). والعبارة عنه: أن الواجب، أقلّ الأمرين مما التزمه الجاني آخرًا بالجناية على الملك أولاً أو أرش جناية الملك دون السراية ؟ .

فعلى هذا لو قطع إحدى يديه فَعَتَقَ، فجاء الآخر و قطع يده الأخرى، وجاء الثالث و قطع إحدى رجليه، ومات ^(٥): فالواجب على جميعهم دية واحدة، وهي دية حرّ، على كل واحدٍ ثلث، ولا حقّ للسيد إلا فيما يؤخذ من الجاني في حالة الرق، فله أقلّ الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة، وهي مثل نسبته. وعلى القول الثاني: أقلّ الأمرين من ثلث الدية أو نصف القيمة؛ فإنه أرش الجناية .

المسألة بحالها : عاد الجاني الأول، فَجَرَحَ في الحرية جراحة ثانية: فليس عليه إلا ثلث الدية؛ إذ لا يزيد الواجب بكثرة الجراحات، لكن الثلث وَجَبَ عليه بجراحتين، حصّة الواقع منهما في الملك نصفه - وهو السدس فترعى النسبة بين هذا السدس وسدس القيمة ^(٦) على قول: وبين السدس ونصف القيمة على القول الآخر .

فلو أَوْضَحَ رأسه ^(٦) في الرق، فَعَتَقَ، فَجَرَحَ غيره فمات، فعلى الجاني في الملك: نصف الدية. وعلى الجراح: النصف الآخر، وللسيد أقلّ الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة، وهو مثل نسبته على قول. وله أقلّ الأمرين من نصف الدية أو نصف عُشْر القيمة؛ فإنه يُشْبِهُ أرش

(١) زيادة من (أ)، (ب) . (٢) في (أ)، (ب): «أو نصف قيمة العبد» .

(٣) وهذا القول هو الأظهر. انظر الروضة (١٢ / ١٧٢) . المنهاج ص (١٢٣) .

(٤) كلمة «مات» ساقطة من (أ)، (ب) . (٥) في (أ)، (ب): «وبين سدس القيمة» .

(٦) يقال: أَوْضَحَتِ الشَّجَّةُ بالرأس: أي كشفت العظم، فهي مُوضَّحة. انظر المصباح المنير (١٠٢٨ / ٢) . مادة

(و ض ح) . المعجم الوجيز ص (٦٧٢) .

الموضحة من قيمة العبد . فإن قيل : بدل الملك الدراهم ، وبدل الحرّ الإبل ، فَيَمَّ يُطالب السيد ؟ قلنا : فيه وجهان :

أحدهما : ليس له إلا الإبل ، لأنَّ حقَّه فيما وَجب على الجاني ، وهو الواجب .

والثاني : أنَّ الخيرة إلى الجاني ، فإنَّ سلَّم الدارهم لم يكن للسيد الامتناع ؛ لأنه حقُّه . وإنَّ سلَّم الإبل فكَمِثِل^(١) ؛ لأنه أدَّى واجبه . وعلى الجملة : إيجاب دية الحرّ ، ثمَّ صَرَفُها إلى السيد بعيدٌ ، ولكنَّ إيجاب مائتين من الإبل - كما ذكره المزني رحمه الله - أَبْعَدُ ؛ لأنَّ القتل حرٌّ ، فكيف تُزاد على دية الحرّ؟! والاقتصار على أَرْشِ الجناية - ولو كان درهماً - أَبْعَدُ / وهو مذهب ٢٣٣/ب أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنه إهدارٌ للدم ، ففي كُلِّ طريقٍ بُعْدٌ ، لكنَّ طريقَ الشافعي (رضي الله عنه) أقرب ؛ إذ نَظَرَ إلى قَدَرِ الواجب إلى الموت ، وفي مصرفه التفت إلى حالة الجرح .

فرعان^(٢)

الأول : لو رمى إلى حربيٍّ أو مرتدًّا فأسلم - قبل الإصابة - ففي الضمان وجهان مرتبان على ما إذا جرح حربيًّا ، فأسلم ثم مات ، أو مرتدًّا فها هنا أولى بوجوب الضمان ؛ لأنَّ الجرح سبَّب قديم في حالة الإهدار ، وتماث الرمي بالإصابة ، والإصابة جَرَتْ في حالة العصمة . وفي المرتد أولى بالوجوب ؛ لأنَّ الرمي إليه عدوانٌ .

ولو رمى إلى عبدٍ له ، فأعتقه قبل الإصابة ، فوجهان مرتبان في المرتد^(٣) ، وأوَّلَى بالضمان ؛ لأنَّه معصومٌ على الجملة .

ولو رمى إلى مَنْ عليه القصاصُ ، ثمَّ عَفَا قبل الإصابة ، فوجهان مرتبان على العبد وأولى بأنَّ لا يجب ؛ لأنَّ العبد مضمونٌ عليه بالكفارة .

ولو حفر بئرًا ، فتردَّى فيه مسلم كان مرتدًّا عند الحفر : وجب الضمان قَطْعًا ؛ لأنَّ الحفر ليس يتجه نحو المرتدي في عينه بخلاف الرمي فإنه مُتَّجِهٌ نحو المقصود .

(١) في (أ) ، (ب) : « فكَمِثْلُه » . (٢) في الأصل : « فروع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قوله : (في المرتد) ساقط من (أ) ، (ب) .

الثاني : لو تخللت ردة المرمي إليه بين الرمي والإصابة ، قيل : لا قصاص ؛ لاتصال الإهدار ببعض أجزاء السبب .

ولو تخللت ردة الرامي المخطيء ، ضُربت الدية على الرامي لا على عاقلته المسلمين ؛ لأنَّ الأصل سقوط التحمل كما أن الأصل سقوط القصاص ، وقد تخللت حالة مانعة . وذكر الشيخ أبو علي (رحمه الله) في التحمل قولين . وينقدح ذلك في القصاص كما ذكرنا ^(١) في تخلل الردة بين الجرح والموت . وهذا تمام القول في القصاص في النفس ^(٢) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « كما ذكرناه » .

(٢) قال في الروضة (١٢ / ١٧٧) : « قد يُعبر عن مسائل الباب في تغير الحال بين الجرح والموت ، وبين الرمي والإصابة ، فيقال : « كل جرح أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال في الانتهاء . وإن كان مضموناً في الحالين ، اعتُبر - في قدر الضمان - الانتهاء . وفي القصاص تُعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط . وكذا يُعتبر الطرفان والوسط في تحمل العاقلة ، وبالله التوفيق » .

النوع الثاني

في قصاص الطرف

وهو واجب بقطع الأطراف . والنظر في : القطع ، والقاطع ، والمقطوع .

أما القطع ، والجرح : كل عمد محض عدوان مبین بطريق المباشرة لا بالسراية . وقد ذكرنا اختلاف النص في السراية إلى الأجسام واللطائف .

أما القاطع : فشرطه كونه مكلفاً ملتزماً كما في النفس ، ولا يُزاد في الطرف التساوي في البذل ، بل تقطع - عندنا - يَد الرجل بيد المرأة وبالعكس ، ويَد العبد بالعبد والحر^(١) . نعم ، لا تُقطع السليمة بالشلاء ؛ لأن الشلاء ليست نصفاً من صاحبها ، فالبذل يُلتفت إليه عندنا معياراً نعرف به نسبة الطرف من النفس .^(٢) ثم مَنْ قُوبِلَ كُلُّهُ بشخص قُوبِلَ نصفه بنصفه^(٣) .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : التفاوت في البذل يمنع القصاص^(٤) .

ثم التفاوت في العدد عندنا لا يمنع كما في النفس .

ولو قطع جماعةً يمين رجلٍ على الاشتراك بحيث لم يُنفصل فَعَلْ بعضهم من بعض^(٥) : قطعت أيمانهم به .

(١) في (أ) ، (ب) : « وبالحر » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ثم مَنْ قُوبِلَ كُلُّهُ بكل شخص قُوبِلَ نصفه بنصفه » .

(٣) مذهب الشافعية : أن القصاص في الأطراف بين الرجال والنساء كهو بين الرجال ، وأنه يجري القصاص بين العبيد في النفس وما دونها ، وأنه لا يقتص من الحر للعبد في الجراح ، وهو مذهب المالكية والحنابلة . ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجري القصاص في الجراح والأطراف بين الرجال والنساء ، ولا بين الأحرار والعبيد ، وكذلك بين العبيد بعضهم لبعض .

انظر : روضة الطالبين (١٧٩/٩) . تحفة الفقهاء (١٠٤/٣) المبسوط (١٣٦/٢٦) . الهداية (٥١٠/٤) . رد المحتار (٥٥٤ ، ٥٥٣/٦) . الكافي ص (٥٨٧ ، ٥٨٨) . القوانين الفقهية ص (٣٥٧) . دليل الطالب ص (٢٤٤ ، ٢٤٥) . الإنصاف (١٤/١٠) . المبدع (٣٠٦/٨) . زاد المستقنع ص (١٢٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عن البعض » .

فأما المقتطوع : فيُعتبر فيه العصمة كما في النفس ، وأن تكون الجنائية معلومة القدر بحيث يمكن الاقتصار على مثله في القصاص ؛ فإنَّ الروح مُستبقاة فلا بُدَّ من الاحتياط .

ثم الجناية على ما دون النفس ثلاثة : جرح ، وإبانة طرف ^(١) ، وإزالة منفعة ^(٢) .

أما الضرب واللطم فلا قصاص فيه ، بل يُعزَّر صاحبه .

أما الجرح ، فإنَّ وقع على الرأس لم يجب القصاص فيه إلا في الموضحة - وهي التي توضح العظم - فأما ما بعدها من الهاشمة للعظم ، أو المنقّلة له ^(٣) ، أو الآمة البالغة إلى أمِّ الرأس ، أو الدامغة الحارقة لخريطة الدماغ : فلا قصاص فيها ؛ لأنها لا تنضبط .

وما قبل الموضحة - كالحارصة التي تشق الجلد - والدامية التي تُسيل الدم [منها] ^(٤) فلا قصاص فيهما ^(٥) .

وأما الباضعة التي تبضع اللحم - أي تقطعه - والمتلاحمة التي تغوص في اللحم غوصاً بالغاً ولا ينتهي إلى العظم ، ففيهما قولان :

أحدهما : النّفي ؛ فإنَّ العظم مرّد ، فإذا لم يَنْتَه إليه لم يمكن الضبط ^(٦) .

والثاني : يجب ، ويُمكن ضَبْطُ مقداره بالنسبة ، فإن قطع نصف اللحم إلى.....

(١) أي إزالته عن موضعه .

(٢) عبر عن ذلك في الروضة (١٧٩/٩) بقوله : « الجنائيات فيما دون النفس ثلاثة أنواع : جرح يشق ، وقطع يُبين ، وإزالة منفعة بلا شق ولا إبانة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمنقّلة له » . والمنقّلة هي الشجّة التي تُنقل العظم . أي تكسره حتى يخرج منها فرائش العظام . انظر أنيس الفقهاء ص (٢٩٢) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة (١٧٩/٩) : « الدامية : وهي التي تدمي موضعها من الشق والחדش ، ولا يقطر منها دم ، هكذا نصّ عليه الشافعي وأهل اللغة . وقال أهل اللغة : فإن سال منها دم ، فهي الدامعة بالعين المهملة ، وذكر الإمام الغزالي في تفسيرها سيلان الدم . وهو خلاف الصواب » .

(٦) والمذهب على هذا القول . انظر الروضة (١٨١/٩) .

العظم^(١) فيقطع من رأسه النصف^(٢). وإذا^(٣) كان أحدهما في سمك شعيرة والآخر في سمك شعيرتين ، فلا يُبالي به وإنما تُرعى النسبة .

والموضحة إذا وقعت على الوجه فانتهى^(٤) إلى عظم الجبهة أو الخدّ أو قسبة الأنف : فهو كموضحة الرأس . ولو وقع على سائر البدن - كما لو انتهى إلى عظم الصدر مثلاً - : فلا يلحق بموضحة الرأس . والوجه ، في تقدير الأرض بنصف عشر الدية ، ولكن في القصاص وجهان : قالت المراززة : لا يلحق به كما في الدية .

وقال العراقيون : يلحق به ؛ لأنه مضبوط في نفسه^(٥) . وأما التقدير فلا يكفي الضبط فيه مع اختلاف الموضع .

فرع : لو قطع بعض المارن أو الأذن ولم يَبَيِّن^(٦) ، ففي القصاص فيه قولان مرتبان على المتلاحمة ، وأولى بالجواب ؛ لأن الضبط [فيه]^(٧) أيسر ؛ إذ الهواء به محيط من الجانبين . ولو قطع نصف كوعه / فقولان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب ؛ لأن الكوع مجمع الأعصاب^{٢٣٤ ب} والعروق ، وهي تختلف في ارتفاعها وانخفاضها .

وأما الأطراف ، فيجب القصاص في قطع مفاصلها ، وكذا في مفصل المنكب والفخذ إن أمكن قطعه بغير إجافة . وإن استأصل الجاني الفخذ وأجافه وأمكن تحصيل مثله ، فالظاهر : أنه يمنع الإجافة ، وقيل : يجوز ؛ لأن هذه الجائفة تابعة لا مقصودة . وكل جرم يبقى دلالة القطع فهو كالمفصل ، كما لو قطع فلكة من المارن أو الأذن والأنثيين والذكر والأجفان والشفتين والشفرين ؛ لأنه مقدرٌ محدود .

ولا يجب القصاص في فلكة من الفخذ ؛ لأن سمكه لا ينضبط . وفي العجز وجهان ؛

(١) في (أ) ، (ب) : « فيقطع النصف من رأسه » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فانتهد » .

(٤) وما قاله العراقيون هو الأصح من الوجهين ، وهو ظاهر نص الشافعي ؛ وذلك لتيسير استيفاء المثل . انظر الروضة (١١٨ / ٩) .

(٥) أي ولم يُرَ لها . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

لتردده بين الفخذ والذكر ؛ لأنه بين التثؤ والانبساط . وأما كسر العظام فلا قصاص فيه . ولو كسر عضده قُطع من المرفق وأُخذ حكومة العضد ، وكذلك لو هَشَم رأسه بعد إضباح : أوضح ، وضمن أرش الباقي ؛ ولو قطع من الكوع لعجزه من العضد مقتصرًا عليه ، ففي تجويزه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنَّ المرفق مقدورٌ عليه وهو أقرب إلى محل القطع ، فهو كما لو طلب رأس الشاعد مع قطع الكوع ، فإنه لا يُجَاب [وكما لو قطع من المرفق فنزل إلى الكوع مع القدرة على المرفق فإنه لا يحاب] ^(١) .

والثاني : أنه يُجَاب ؛ لأنَّ محلَّ الجناية معجوزٌ عنه وفي النزول إلى الكوع مسامحةٌ . ولا خلاف أنه لو نزل إلى [لَقَط الأصابع ، لم يُجَزْ ؛ لأن فيه تعذيب محل الجراحة . ثم إذا أسقطنا حكومة ^(٢)] الشاعد ، ففي حكومة بقية العضد تردُّد ؛ لأن ذلك معجوزٌ عنه بخلاف الساعد .

فأما المعاني والمنافع فلا يمكن تناولها بالمباشرة ، ولكن ^(٣) بالسراية . وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو أوضح رأسه فأذهب ضوء عينيه أو ضَعْنَا رأسه ، فإن لم يذهب ضَوْؤه أزلنا الضوء مع إبقاء الحديقة بطريقٍ ممكن . [وهذا إيجابُ قصاص بالسراية] ^(٤) . ونصَّ في أجسام الأطراف أنها لا تضمن بالسراية ؛ فقليل : قولان ، بالنقل والتخرج كما سبق . فإن قلنا : يضمن اللطائف بالسراية ، ففي العقل والبطش ^(٥) تردُّد ؛ لبُعْدِهما عن التناول بالسراية . أما السمع فهو في معني البصر ^(٦) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي في إزالة خاصية العقل ، وذلك بأن يضرب شخصًا على رأسه في موضع معين فيصبح مجنونًا . وقوله : (والبطش) يعني إزالة قوة عضو معين كالذراع مثلاً فيصبح مشلولًا لا يتحرك ، والعياذ بالله .

(٦) قال في الروضة (١٨٦ / ٦) : « والأقرب منع القصاص في العقل . ووجوبه في الشم والبطش والذوق ؛ لأن لها مَحَالَّ مضبوطة ، ولأهل الخبرة طرقٌ في إبطالها » .

فروع : إذا قلنا : لا تضمن الأجسام بالسراية ، فلو جاء المقطوعُ يده ، وقَطَعَ أصبعًا من الجاني ، فتأكَّل الباقي ، ففي تأدِّي القصاص به قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنَّ السراية فيه لا توجب القصاص ، فلا يتأدَّى به القصاص ^(١) ، بخلاف ما إذا قطع يده ، فقطع يد الجاني فَسَرَتْ إلى الروحين ، فإنه يقع قصاصًا ؛ لأنَّ السراية في الروح كالمباشرة ، وكذا الخلاف فيما لو ضرب مَنْ عليه القصاص بسوط أو جرحه خطأ فمات ؛ لأنَّ الروح تضمن بالقصاص ولكن لا بهذا الطريق .

والأقيس : أن يتأدَّى به القصاص ؛ لأن الحقّ مُعين وقد استوفاه ، وكذلك المجنون إذا قتل مَنْ يُشتحقّ عليه القصاص .

^(٢) ولو أوضح رأسه ^(٢) فتمعط شعره وزال ضوء عينية ، فأوضحنا رأسه فتمعط شعره وزال ضوء عينية : ففي وقوع الشعر قصاصًا - خلاف مرتب وأولى بأن لا يقع ؛ لأنَّ نفس الشعر لا يضمن بالقصاص بخلاف نفس الأطراف . ووجه وقوعه قصاصًا : التبعية والالتفات إلى أنَّ فساد المنبت من جملة ^(٣) زوال اللطائف ؛ إذ معناه زوال القوة المنبتة وجزم الشعر فيه تابع .

ولا خلاف في أنه لو باشر تمعيط شعره فقابله بمثله لم يقع قصاصًا ، بل كلُّ واحدٍ منهما جنايةٌ توجبُ الحكومةَ والتعزيرَ .

* * *

(١) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (٩ / ١٨٧) . (٢) في (أ) ، (ب) : « فلو أوضحه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من جهة » .

الفصل الثاني^(١)

في المماثلة^(٢)

والتفاوت في ثلاثة أمور :

الأول : تفاوت في المحلّ والقدر^(٣) . ومثال المحلّ أنّ اليمنى لا تُقَطع باليسرى ، ولا السبابة بالوسطى ، ولا أصبع زائدة بمثلها عند اختلاف المنبت^(٤) . وأما القدرُ فتفاوتُهُ لا يؤثر في الأعضاء الأصلية^(٥) إذ تقطع يد الصغير بالكبير^(٦) ، [ويد الصغير يد الكبير عند المساواة في الاسم : إبهام وإبهام]^(٦) ، وفي الأصبع الزائدة يمنع القصاص إذا وجب تفاوت الحكومة لتفاوت النسبة ، وعند تساوي الحكومة وجهان ؛ لأنه ليس له اسم أصلي حتى يُكتفى بالاسم .

وأما الموضحة ، فالتفاوت فيه في العرض معتبر ؛ إذ لا يُقنع فيها بموضحة ضيقة^(٧) في مقابلة الواسعة^(٨) . وتفاوت الغوص^(٨) في سمك اللحم لا يؤثر ؛ لأنّ مردّ الاسم هو العظم .

فروع ثلاثة

الأول : لو أَوْضَحَ ناصيته لم نوضح قَدَّاله^(٩) ، بل راعينا المحلّ . ولو كان رأسُ الشَّاجِ أصغر استوعبنا عند استيفائه الرأسَ الكبير ولم نكمل بالقفا والجبهة ؛ لتفاوت الاسم والمحلّ ، بل نَضَمَ إليه أَرْشًا بخلاف اليد الصغيرة ، فإنها تكفي في مقابلة الكبيرة ؛ لأنّ ما وقع من النقصان بين

(١) في الأصل : « والفصل الثاني » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهي معتبرة في وجوب القصاص في الأطراف كالكفاءة في النفس ، ومن ثمّ فلا يقابل طرف بغير جنسه ، كاليد بالرجل .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تفاوت المحلّ والقدر » .

(٤) يعني إذا اختلف محلّها ، بأن كانت إحداها زائدة بجانب الخنصر ، وزائدة الجاني بجانب الإبهام .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذ تقطع اليد الصغيرة بالكبيرة » .

(٦) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) ، (ب) . (٧) في (أ) ، (ب) : « في مقابل الواسعة » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « العمق » .

(٩) القَدَّال : جماع مؤخر الرأس من الإنسان والفرس ، وهو فوق القفا . انظر : المصباح المنير (٢/٢٦١) . المعجم

الوجيز ص (٤٩٤) . مادة (ق ذل) .

اليدِين^(١) لم يثبت له اسم اليد / والتفاوت هاهنا مقدار يثبت^(٢) له اسم الموضحة وديتها لو أفرد، ٢٣٤/ب فلم يمكن أن يُجعل تابعاً .

ولو استوعب ناصيته - ورأس الشَّاج أصغر - استوعبنا ناصيته وكملنا من باقي الرأس ؛ لأنَّ اسمَ الرأس شاملٌ . وقال القاضي : اختلافُ أسامي جوانب الرأس : كاختلاف ما بين الرأس وغيره ؛ فلا يتعدى الناصية ، ويضمُّ إليه الأُرش .

فإن فرعنا على الظاهر ، فالخيرة في تعيين الجانب الذي به التكميل إلى الجاني على وجه ، وإلى^(٣) المجني عليه على وجه ، وفي الثالث : يثدَّى من حيث ابتدأ الجاني ويذهب في صوبه إلى الاستكمال .

الثاني : لو استحق قدر أتملة من الموضحة فزاد^(٤) في القصاص : غرم أرشاً ، وفي مقداره وجهان :

أحدهما : أنه قسط بحصة^(٥) أرش واحد إذا وُزَّع على الجميع ؛ لأنَّ الموضحة واحدة .

والثاني : أنه يجب أرشٌ كامل ؛ لأنَّ هذا القدر جنائيةٌ ، والباقي حقٌّ منفرد بحكمه كما لو كان الأول خطأ واستمرَّ على البقية عمداً ،^(٦) فيجب قصاص العمد^(٦) ويفرد حكمه ؛ لاختلاف الحال . ويقرب منه الخلاف فيما إذا أراد الاقتصار على بعض حقه ، منهم مَنْ جَوَّزَ كما في الأصبعين . ومنهم مَنْ منع ؛ لاتِّحاد الاسم .

الثالث : لو اشتركوا في الإيضاح احتمل أن يُوضَّح^(٧) من رأس كل شريك بقدره^(٧) ، ويُحتمل أن يوزَّع ؛ لقبوله التوزيع . ثم يتصدَّى النظر في تعيين المحل .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « من اليدِين » . (٢) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .

(٣) في (أ) : « وعلى » . (٤) في (أ) : « وزاد » .

(٥) قوله : (بحصة) ليست في (أ) ، (ب) . (٦) في (أ) ، (ب) : « فيجب القصاص في العمد » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « من كل رأس بقدره » .

التفاوت الثاني في الصفات

وفيه مسائل :

الأولى : أن التفاوت في الضعف والمرض لا يمنع ، بل يُقْطَع ذَكْرُ القويِّ بذكر العَيْنِ والصبيِّ ، وأنفُ الصحيح بأنفِ الأجذم إلا إذا بطلت حياته وأخذ في التفتُّت .

وتُقْطَع أذن السميع بأذن الأصمِّ ، والأنفُ الصحيح بأنفِ الأخشم ^(١) ؛ ^(٢) لأن المرض في محل السمع والشم ، لا في محل الأذن والأنف ^(٣) . ولا تقطع ^(٤) يد الصحيح ^(٥) بالشلاء ، ولا الذكْرُ الصحيح بالأشَلَّ . وشلل الذكر أن لا يتغير في الحر والبرد بالتقلُّص والاسترسال . وذَكْرُ العَيْنِ لا شَلَلٌ فيه ، وإنما الخلل في موضع آخر وهو [في] ^(٦) الدماغ أو القلب . وشللُ اليد : في بطلان البطش .

ولا يشترط سقوطُ الحسِّ على المذهب الظاهر ، فإن قنع صاحبُ الصحيحة باليد الشلاء أُجِيبَ إليه ولم يكن له أرشٌ كما لو رضي المشتري بالمعيب في الشراء ؛ لأنَّ البطشَ وصفٌ لا يقبل الانفصال .

وتُقْطَع الشلاءُ بالشلاء إذا تساويا في الحكومة . وضعيفُ البطش كقويِّه إلا إذا كان بجناية ، فإن الجناية تُعتبر في الشركة ولا تعتبر في المرض .

وأما الحدقةُ العمياءُ ولسانُ الأبكم ^(٧) فهي كاليد الشلاء .

الثانية : تقطع الأذن الصحيحة بالأذن المثقوبة إذا لم يُورث الثقبُ شيئًا كآذان النساء .

(١) في (أ) ، (ب) « بالأنفِ الأخشم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن المرض في محل الشم والسمع ، لا في ذات الأنف والأذن » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « اليد الصحيحة » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اللسان الأبكم » .

والخرومة التي قُطع بعضُها لا يُستوفى بها كاملة ، ولكن تُستوفى بمثلها ^(١) إن أُجرينا القصاص في بعض الأطراف . ولانكتفي بالخرومة في مقابلة الكاملة إلا بضَمِّ الأرض إليه ^(٢) .

وإن كان الحرم ^(٣) من غير إبانة ، قال العراقيون : امتنع القصاص ؛ لأن الجمال هو المقصود الأظهر في الأذن ، بخلاف ما إذا كانت أظفار المجني عليه متفرعة أو مُحْضَرَة ، إذ تُقَطع به ^(٤) اليد السليمة ؛ لظهور منفعة البطش في اليد . ولو كانت الأظفار مقلوعة ، قالوا : لا يُستوفى بها الكاملة . والكل فيه نظر ؛ إذ يلزم أن ينقص قدر من دية الإصبع لِفَقْدِ الظفر ، ولا قائل به .

ولو قُطع أذنه ، فَرَدَّه إلى المقطع في حرارة الدم فالتصق ، فلا أثر لهذا الالتصاق ، والقصاص واجب ، ويجب قَلْعُه إن قلنا : إن ما يُبَيَّنُّ ^(٥) من الآدمي نجس وإلا فَيَغْفَى عنه . ويحتمل النظر إلى الدم الذي انكتم في الالتصاق ؛ لأن الساتر جماد فلا يوجب الاستبطان .

فإذا قلنا : يجب إزالته ، فلا قصاص على مقتلعه . وهكذا إن قلنا : لا يجب ، إلا إذا سرى إلى الروح فيجب ^(٦) قصاص النفس .

الثالثة : لا تُقْلَع سِنَّ البالغ بِسِنَّ صَبِيٍّ لم ينغر ^(٧) ؛ لأن القصاص في إفساد المنبت فلا يفسد من الصبي . فلو فسد المنبت ولم تُعَدَّ سِنَّ الصبي ، ففي القصاص قولان ، وَجْه قولنا : لا يجب ، أَنَّ سِنَّه فضلة زائدة فلا يمكن أن يُقْلَع به ^(٨) سِنَّ أصلي .

فإن كان فساد المنبت مشتركا والبالغ لو ^(٩) عاد سِنَّه - على ندور - ففي سقوط القصاص عن قاله قولان ، ووجه قولنا ^(١٠) : لا يسقط ، التشبيه بمالو التحمت الموضحة ، فإنها نعمة

(١) في (أ) ، (ب) : « مثلها » . (٢) في (أ) ، (ب) : « إليها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « انخرام » . (٤) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٥) أي ينفصل .

(٦) في الأصل : « يجب » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) أي لم تسقط رواضعه . انظر : روضة الطالبين (١٩٩/٩) . المصباح المنير (١٢٩/١) . المعجم الوجيز ص (٨٤) مادة (ث غ ر) .

(٨) في (ب) : « يقطع به » . (٩) في (أ) : « إذا » .

(١٠) في (أ) : « وجه قولنا » .

جدیدة لا تُسقط القصاص .

ولو قَطَعَ جزءًا من طول لسانه فعاد ، فهو كَعَوْدِ السِّنِّ أو التحام الموضحة ؟ وجهان . فإن حكمنا بسقوط القصاص ، ففائدته : استردادُ الدية إن كان قد أخذها أو إيجابُ دية سِنِّ الجاني وإن كان قد قلع ، وليس من فائدته تأخير استيفاء القصاص ؛ لأن الظاهرَ عدم / العَوْد كما أن الظاهر في الصبي العَوْد .

فإن ^(١) بادر المجني عليه واستوفى ، ثم عادَ سِنُّه : لم يقلع قصاصًا باستيفائه ؛ إذ جاز له الاستيفاء ، لكنَّ يَغْرَم [له] ^(٢) الدية ، ويبقى له حكومة سِنِّه .

ولو عاد سِنُّ الجاني وقلنا : عَوْدُه مؤثر ، ففي قلعه ثانيًا وثالثًا إلى إفساد المنبت وجهان .

* * *

(٢) زيادة من (أ) .

(١) في (أ) : « فإذا » .

التفاوت الثالث

في العدد

فإن كانت ^(١) يد الجاني ناقصةً بأصبعٍ قُطِعَ وطُولِبَ بالأُرش . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُنْقَعُ به ^(٢) كما في النفس .

فإن كان النقصان في يد المجني عليه لم يكن له قَطْعُ الكف ، لكنْ لَقَطُ الأصابع الأربع وطَلَبُ حكومة الباقي كما في كسر العضد .

فروع أربعة

الأول : لو كان على يد الجاني أصبعان شلاوان ، فلو قطع يده ^(٣) فلا أرش للشلل . وإن لقط الأصابع الثلاث فله ديةُ أصبعين . وأما حكومة الكفِّ فالقدر الذي يقابل الأصابع المقطوعة فيه وجهان : يُعَبَّرُ عنهما بأنَّ الحكومة ، هل تدرج تحت قصاصِ الأصابع كما تدرج تحت ديتها ؟ ^(٤) وهل يقابل ^(٥) الأصبعين ؟ فيه وجهان ، يُعَبَّرُ عنهما بأنَّ بعض الأصبع : هل تنزل منزلة الكلِّ في استتباع الحكومة ؟ . وأما الأصبع الشلاء فلا تدرج حكومة الكف تحت حكومتها في الظاهر .

الثاني : إذا كان على يد الجاني ستةُ أصابع متساوية ليس فيها زيادة ، فللمجني عليه أن يلقط خمسةً من أيِّ جانب شاء ، وله مع ذلك سدسُ دية اليد ؛ لأنَّ اليد انقسمت ستةَ أقسامٍ وقد استوفى في خمسةٍ أسداسيها إلا أنه خمسةُ أسداس في صورة خمس كوامل فتُحْطُّ من أجل الصورة من السدس شيئاً بالاجتهاد .

أما إذا كانت فيها زيادة ، وزعم أهل الصنعة أنَّ القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية - لأنَّ ^(٥)

(١) في (أ) : « كان » .

(٢) في (أ) : « منه » . (٣) في (أ) : « اليد » .

(٤) في (أ) : « وما يقابل » .

(٥) في (أ) : « لكن » .

الزائد مُلتبس - فليس له القصاص ؛ لأنه ربما يستوفي الزائدة بأصلية ، فلا سبيل إليه .

فلو بادر فقطع خمسا ، فهو تمام حقه ، ^(١) ولا يُلْتَفَت إلى قوله ^(١) : لعل الزائد في المستوفي فقد نَقَصَ حَقِّي ؛ لأنه تعدى بالمخالفة .

الثالث : أصبح تشتمل على أربع أنامل تنقسم القوة لها على التساوي من غير تعيين زيادة ، فإذا قطع هذا من المعتدل أئمة : قطعنا أئمتيه ^(٢) وألزمناه من الأرض ما بين الربع والثالث .

وإن قطع أئمتين قطعنا أئمتيه وألزمناه ما بين النصف والثلاثين . فإن قطع الأصبع ^(٣) قطعنا أصبعه ؛ فإن أربعة أرباع ^(٤) تُساوي ثلاثة أثلاث . هذا إذا لم يزد في الطول ، فإن زاد في طوله فالحكم ما مضى ، ولكن يُزَعَى تفاوت الصورة هاهنا كما ^(٥) في الأصابع الستة .

ولو قطع من هذه الأنامل واحدة ، فلا نقطع أئمة معتدلة ؛ لأنها ثلث فلا تُقَابِل بالربع ، وإن قطع أئمتين قطعنا واحدة وطلبناه ^(٦) بالتفاوت بين النصف والثالث ^(٧) .

وأئمتان متساويتان على رأس أصبع ، ويدان على ساعد ، وقدمان على كعب : كالأصابع الستة .

الرابع ^(٨) : مقطوعُ الأئمة الغليا إذا قَطَعَ صحيح

(١) في (أ) : « ولا يُلْتَفَت إلى قول القائل » . (٢) في (أ) : « أئمة » .

(٣) في (أ) : « أصبعًا » . (٤) في (أ) : « أرباعه » .

(٥) قوله : « كما » ساقط من (أ) . (٦) في (أ) ، (ب) : « وطلبناه » .

(٧) في (أ) : « والثلاثين » .

(٨) قال الحموي : « قوله : (إذا كان على يد الجاني ستة أصابع متساوية وليس فيها زائدة ، فللمجني عليه أن يلتقط خمسا من أي جانب شاء وله مع ذلك سدس دية ؛ لأن اليد قد انقسمت ستة أقسام وقد استوفى منها خمسة أسداس في صورة خمس كوامل ، فيحط لأجل الصورة منه شيئا بالاجتهاد . أما إذا كانت فيها زيادة وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية ولكن الزائد ملتبس .. إلى قوله : الرابع) .

قلت : ذكر أن الجاني إذا كان على يده ست أصابع متساوية ليس فيها زائدة ، ونحن نعلم قطعاً أن فيها زيادة لإصبع كما لا يخفى أيضاً ، فإنه قال : (وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء على الست قطعاً ، إنما انقسمت على خمسة أصابع غير متساوية ولكن الزائد ملتبس فليس له القصاص) . وإذا كان كذلك لم يحصل التباس بنحو أحد الأصابع الست من القوة كما لا يخفى .

الأتملة^(١) الوُسْطَى [منه]^(٢) فلا يمكن استيفاء الوسطى ، ولكن لو سقطت العليا بآفة أو جناية جانٍ فقد رنا على الوسطى فنقطعه^(٣) ، وإلى أن يتفق ذلك ، فهل يُطالب بالأرْش للحيلولة ؛ نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أن وليّ المجنون يُطالب بالأرْش إذا ثبت للمجنون قصاصٌ ويكون ذلك للحيلولة ، ونصّ في الصبي « أنه لا يطالب ؛ لأنّ له أمداً مُنتظراً » فخرّج إلى المجنون وَجْهٌ من الصبي وإلى الصبي وَجْهٌ من المجنون .

وأما الحامل فهي^(٤) أولى بأن لا يطالب ؛ لأنّ أمدَ وضع الحمل قريب ، فتوقّع سقوطِ العليا في مسألتنا - بآفة أو جناية جانٍ^(٥) - كتوقع الإفاقة من المجنون .

ولو كانت غُلياه مستحقةً بالقصاص ، فتوقّع استيفائه كتوقع وضع الحمل .

ومهما قلنا : [إنه]^(٦) ليس له أرْش الحيلولة ، فلو أخذَ كان إقدامه على [أخذ]^(٧) الأرْش

= قلت : أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : مراد الشيخ أن يكون على ست أصابع إصبعٌ متساوية لتلك الأصابع في الصورة . وقال أهل الصنعة الطبيعية : انقسمت مادةُ الأصابع الخمس ستة أجزاء ، وليس فيها زيادة على الأول بل الكل أصليات من حيث إن القوة منبسطة على الجميع ، ولا سبيل إلى القطع ؛ لاختلاف صورة الخمس والست من حيث المنظر ، وإذا كان كذلك كان مراده بذلك القوة دون زيادة الإصبع . قلت : قد ذكر الشيخ في البسيط وقال : (الصورة الثانية : أن يقول أهل الصنعة الطبيعية : انقسمت إلى ست أصليات قطعاً ، ولكن يحتمل ذلك ويحتمل فيه : أن يكون فيه زيادةً مبهمّة ، فليس له لقط الأصابع ؛ لأننا نمنع الزيادة بالأصلية ؛ لتفاوت الجنس والمحل كما تمنع استيفاء الأصلية بالزائدة) وإذا كان كذلك فمراده بذلك ما ذكرناه من كون الإصبع الزائدة مبهمّة بخلاف المسألة الأولى ؛ فإن القوة منبسطة على الأصابع الست بطريق التساوي ، ولهذا اتفق الأصحاب على أن له أن يلتقط خمسَ أصابع من جملتها عاملاً في أحد الطرفين ، والتفاوت في الانقسام لا يورث منقاً ، لاتحاد المحل بخلاف تفاوت اليمين واليسار ، فعلى هذا يمكن أن يحمل ما ذكره في الوسيط على ما ذكره في البسيط ؛ فإنه لم يقسم الطبيعة الأصل إلى ست أصليات قطعاً بطريق التساوي من حيث إنه يحتمل فيهما التساوي في القوة ويحتمل التفاضل فيهما ، فيكون احتمالُ الاختلاف كحقيقته . إشكالات الوسيط (ق ١٦٨ / أ - ١٦٩ / ب) .

(١) في : (أ) « الصحيح الأتملة » .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (أ) : « فنقطعه » .

(٤) في الأصل : « فهو » والمثبت من (أ) ، (ب) (٥) في الأصل : « جاني » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) . (٧) زيادة من (أ) .

عَفْوًا عن القصاص .

فروع تتعلق بالنزاع

الأول : إذا جنى على ملفوف في ثوب ^(١) ، وأدعى كَوْنَهُ مَيِّتًا ، وأنكره وليُّ الملفوف ، فقولان : أحدهما : القول قول الجاني ؛ إذ الأصلُ براءةُ الذمة .

والثاني : القول قول الوليِّ ؛ إذ الأصلُ استمرارُ الحياة ^(٢) .

ولو قَطَعَ يَدَهُ ثم قال : لم يكن له أصبع ، ففيه طرق ، وحاصلُ المذهبِ أربعةُ أقوال : أحدها : أن القولَ قوله ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ القصاص .

والثاني : قولُ المجنيِّ عليه ؛ إذ الأصلُ السلامةُ .

والثالث : ^(٣) « إن كان العضو باطنًا » فقولُ المجنيِّ عليه ؛ إذ يُعْشَرُ عليه إقامةُ البينة . والباطنُ ما يجب سِتْرُهُ شرعًا علي رأي ، أو ما يُسْتَرُ مروءةً على رأي .

والرابع : أنه إن ادعى عدمَ الأصبع في الأصل ، فالقول ^(٤) قوله . وإن ادعى سقوطَه فالقولُ قولُ المجنيِّ عليه .

الثاني : إذا قَطَعَ يَدَيَّ رجلٍ ورجليه فمات ، وبعد موته ادعى الوليُّ أنه مات بعد اندماله وعليك دِيَّتَانِ ، فأنكر : فيصدق مَنْ يُصَدِّقُهُ الظاهرُ ، ويُعرف ذلك بقرب ^(٥) الزمان ويُعَدُّه . وإن تساويا في إمكان الصدق فهو قريبٌ من تقابلِ الأصلين ؛ إذ يمكن أن يقال : الأصلُ براءةُ الذمة ، والأصلُ التعدُّدُ عند تعدد الجنائية ، والسرايةُ مشكوك فيها .

(١) يعني جنى عليه بحيث أفضى به إلى الموت .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٢٠٩/٩) .

(٣) في (أ) : « أن العضو إن كان باطنًا » . وفي (ب) : « أن العضو إذا كان باطنًا » .

(٤) في الأصل : « القول » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بقدر » .

ولو ادعى الوارث أنه مات بسبب هاجم ، فمطالبته بالبينة هاهنا أولى ؛ لأن إثبات ذلك أيسر ، والأصل عدم طرآن السبب .

ولو انعكس الخلاف فطلب القصاص في النفس ، فالقول قول الجاني ؛ لأن قصاص النفس يتوقف على السراية ، وهو مشكوك فيه ^(١) ويسقط بالشبهة إلا إذا كان الظاهر خلاف ما يقوله فإننا لا نصدقه .

فلو أقام من لم نصدقه في السراية - بينة على أنه لم يزل ضمنًا نحيفًا إلى الموت ، فهذا لا يفيد نفي سبب آخر ، لكن يجعل الظاهر لجانب السراية .

الثالث : إذا شج رأس إنسان موضحتين ، فرأينا الحاجز مرتفعًا ، وقال الجاني : أنا رفعته وعليّ أورش واحد لاتحاد الموضحات ، وقال المجني عليه : أنت رفعته ولكن بعد الاندمال ؛ فعليك ثلاثة أروش : فينظر في دعوى الاندمال إلى ما سبق . فإن حلف المجني [عليه] ^(٢) على الاندمال - حيث يصدق - ثبت على الجاني أورشان ، وفي الثالث وجهان : أحدهما : نعم ؛ لأنه مقرر بالثالث ، والاندمال ثبت بيمينه .

والثاني : لا ؛ لأن يمين الاندمال تصلح لنفي التداخل ولا تصلح لإثبات الثالث عليه ، وهو لم يقر بثالث موجب ، بل برفع حاجز لا يوجب . وقد تم النظر في موجب القصاص .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

الفن الثاني

في حكم القصاص الواجب في الاستيفاء والعفو

(وفيه بابان)

الباب الأول في الاستيفاء

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول^(١)

فيمن له ولاية الاستيفاء .

وفيه مسائل :

الأولى : إذا كان القاتلُ واحدًا والورثة جماعة : فالقصاصُ مُوزَّعٌ على فرائض الله تعالى حتى يثبت للزوجين والصغيرِ والمجنون .

ثم إن كان فيهم صغير أو مجنون لم يُستَوْفَ القصاصُ إلى البلوغ والإفاقة خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله)^(٢) .

وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنَّ وليَّ المجنون يُطالب بالمال ؛ لأنه لا أمدَّ له . ووليَّ الصبي لا يُطالب بالمال^(٣) وقد ذكرنا تَصَرُّفَ الأصحاب قبل هذا في كتاب « اللقيط » .

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : مختصر الطحاوي ص (٩٣٢) . الهداية شرح بداية المبتدي (٥٠٦/٤) . رعوس المسائل ص (٤٦٢) . إيثار الإنصاف ص (٣٩٦ ، ٣٩٥) . شرح فتح القدير (٢٢٧/١٠) .

(٣) يعني أنه إذا انفرد صبي أو مجنون باستحقاق القصاص ، ولم يشاركه فيه أحد ، لم يَسْتَوْفَ وليه ، وسواء في ذلك قصاص النفس أو الطرف . ويُحبس القاتل إلى أن يبلغ الصبي ويفيق المجنون ولا يُخَلَّى بالكفيل ؛ فقد يهرب فيفوت الحق ، وكذلك يحبس إلى أن يقدم الغائب المستحق للقصاص . انظر الروضة (٢٤١/٩) .

أما ^(١) إذا كانوا مكلفين فلا يجوز الاستيفاء إلا بالتوافق . فإن تراحموا أقرع بينهم ^(٢) ، فمن خَرَجَت القرعة له فمَنَعَهُ غَيْرُهُ من أصل الاستيفاء امتنع . ويَدْخُلُ في القرعة المرأة والعاجز - على أحد الوجهين - وَيَسْتَتِيبُ إن خَرَجَت قرعته .

فرع : لو بادر واحد دون رضا الآخرين ، ففي وجوب القصاص قولان ^(٣) :

أحدهما : يجب ؛ إذ ليس له ذلك ، وحقه ليس بكامل في الجميع ، فهو ^(٤) كما لو شارك غيره .

والثاني : لا ؛ لأنَّ البعض مُهَذَّرٌ في حقه ، فصار كما جرح جراحتين إحداهما في حالة الإهدار ، ولأنَّ ^(٥) علماء المدينة ذهبوا إلى إباحة الاستبداد لكل وارث ، والخلاف ^(٦) في إباحة السبب شبهة . ولهذه العلة ، لو جَرَى بعد عَفْوِ الآخرين سقط القصاص أيضًا . وإن ^(٧) لم يكن عالمًا بالعفو فسقوط القصاص أولى .

فإن قلنا : لا يجب القصاص ، فالذي لم يَرْضَ يرجع بحصته على المبادر في قول ، وكأنه استوفى الكل واحتبس عند ، ويرجع على تركة القتيل في قول كما لو قتله أجنبي .

وإن قلنا : يجب القصاص ، فلو بادر وَلِيُّ القتيل القاتل ، فقتل المبادر ، بقي دية القتيل المظلوم متعلقة بتركة القتيل القاتل ، نصفها لورثة المبادر ، ونصفها للذي لم يأذن .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٣) في الروضة تفصيل حسن في هذه المسألة ، قال : « وأما إذا بادر أحد ابني المقتول الحائزين ، فَقَتَلَ الجاني بغير إذن الآخر ، فيُنْتَظَرُ : أَوْقَعَ ذلك قبل عفو أخيه أم بعده ؟ »

(الحالة الأولى) : إذا قتل قبل العفو ، ففي وجوب القصاص عليه قولان ، أظهرهما : لا يجب ؛ لأن له حقا في قتله ، فصار شبهة ، والقولان فيما إذا قتله عالمًا بالتحريم ، فإن جهل فلاقصاص بلاخلاف .

(الحالة الثانية) : أن يقتله بعد العفو ، فإن علم العفو وحُكِمَ الحاكم بسقوط القصاص عن الجاني ، لزمه القصاص قطعًا . وإن لم يحكم به لزمه أيضًا على المذهب . الروضة (٢١٦/٩) .

(٤) قوله : (فهو) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « لأن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) « والاختلاف » . (٧) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

فإن عفا وليُّ القَتيلِ القاتِلَ على مالٍ ، فذلك المَالُ تركُهُ القَتيلُ القاتِلَ فيؤدِّي منه حقَّ الذي لم يأذن ويجعل ^(١) حقَّ المبادِرِ قِصاصًا بمثله إن تَمَّ ثَلَا .

المسألة الثانية ^(٢) : إذا قَتَلَ الواحدُ جماعةً قُتِلَ بأولهم وللباقين الديات . وإن قتلهم معاً ^(٣) قُتِلَ بمن ^(٤) خرجت له القرعة ^(٥) ، واكتفى أبو حنيفة (رحمه الله) به عن جميعهم . ^(٥)

واختلف أصحابنا في العبد إذا قتل جماعةً ، فقليل : يقتل بجميعهم ^(٦) ؛ لأن حق الآخرين ضائع . وفي القاتل في قطع الطريق لجماعة فإنه لم يُرْعَ فيه الكفاءة وسلك به مسلك الحد على قول اكتفى به عن الجماعة . وكذلك اختلفوا في أولياء القَتْلَى إذا تمالعوا عليه على ثلاثة أوجه :

الصحيح : أنه يُقَسِّطُ عليهم ، ويُرجع كُلُّ واحدٍ إلى حصته من الدية .

والثاني : أنه يُفْرَعُ بينهم ويُضْرَفُ إلى مَنْ خرجت القرعة له .

(١) في الأصل : « فيجعل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « جميعاً » ، والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصحيح ؛ لأن قتل الواحد للجماعة له حالتان : الأولى : أن يُقتلهم مُرَّتَيْنِ واحدًا بعد الآخر .

والحالة الثانية : أن يُقتلهم معاً دفعةً واحدة ، وهو المراد هنا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بمن خرجت القرعة له » .

(٥) مذهب الشافعية : أنه إذا قتل الواحد جماعةً مرتين ، قُتِلَ بأولهم وللباقين الديات .

ومذهب الحنفية : أن القاتل يُقتل بالكل ، ولا ينتقل الباقي إلى الدية ، وهو مذهب المالكية .

ومذهب الحنابلة : أنه إذا رضي أولياء القَتْلَى بقتل القاتل : قُتِلَ لهم ، ولا شيء لهم سوى ذلك ، فإن تشاحوا فيمن يقتله منهم ، أُقيد للأول ، وللباقين دية قتلاهم ، فإن رضي الأول بالدية : أعطىها وقُتِلَ للثاني .

انظر : روضة الطالبين (٢١٨/٩) . المبسوط (١٢٧/٢٦) . تحفة الفقهاء (١٠٠/٣) . الهداية (٥١٢/٤) .

رعوس المسائل ص (٤٦٣) . إنبار الإنصاف ص (٤٠٦) . رد المحتار (٥٥٧/٦) . الكافي ص (٥٩٠) .

الفروع (٦٦٥/٥) . الإنصاف (٤٩٤/٩) . المبدع (٢٩٤/٨ ، ٢٩٥) .

(٦) في (أ) ، (ب) : (لجميعهم) .

والثالث : أنه يكفي عن جميعهم كمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

/ هذا إذا حضر الكل ، فإن كان بعضهم غائباً أو مجنوناً ، ففي رواية الربيع : يؤخر إلى ٢٣٦/١ إمكان القرعة . وفي رواية حزملة ^(١) : يشتوفي الحاضر والعاقل ، ويكون الحضور مرجحاً كالقرعة ^(٢) .

فرع : لو ^(٣) اجتمع مستحق النفس والطرف : قُدِّم مستحق الطرف . إن اجتمع مستحق اليمين ومستحق الأصبع من اليمين : أُقِرَّ بينهما ؛ لأن قطع الأصبع ينقص اليمين بخلاف قطع الطرف فإنه لا ينقص النفس .

المسألة الثالثة : في المشتوفي : وليس للولي الاستقلال دون الرفع إلى السلطان . فإن استوفى وَقَعَ الموقع ^(٤) وعزَّره [الإمام] ^(٥) لأنَّ أمر الدماء خطير .

فإذا رفع إلى السلطان ^(٦) وجب عليه ^(٦) أن يأذن له في القتل ، ولا يأذن في استيفاء حدِّ القذف ؛ لأن تفاوت الضربات عظيم ، وهو حريص على المبالغة . وهل يُقَوِّض إليه القطع ؟ فعلى وجهين ، وَجْهُ المنع - مع كونه مُقَدَّرًا - مائِض من ترديد ^(٧) الحديد التي يعظم غورها . ثم ينبغي أن يُشتوفي القصاص ^(٨) بأحد سَيْفٍ ^(٨) وأسرع ضربة . فإن ضرب الولي ضربةً فأصاب غير الموضع المقصود ، فإن تعمدَّ عزَّز ولم يُغزل ^(٩) ، وإن أخطأ ودلَّ ^(١٠) على تخوفه وعجزه ^(١٠) أمرناه بالاستئابة ؛ إذ لا يؤمن خطؤه ثانياً ^(١١) . ومن أصحابنا من عكس هذا

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٢) والمشهور في المذهب ما في رواية الربيع ، وهو أنه يحبس القاتل حتى يحضر الولي الغائب ، أو يفيق المجنون . انظر الروضة (٢١٩/٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا »

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي وقع قصاصاً .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإنه يجب » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بغير » .

(٨) في الأصل : « بسيف » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) أي ولم يُغزل من استيفاء القصاص .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « على خوفه وعجزها » والضمير في (عجزها) يعود على اليد ، وهي مؤنثة .

(١١) في الروضة تفصيل حسن في ذلك فانظره (٢٢٢/٩) .

الترتيب ، وهو ضعيف ^(١) .

فروع ثلاثة

الأول : لو قتله الولي بسيف مسموم يُفْتَتِه قبل الدفن ^(٢) ، لم يُمكن ^(٣) . وإن كان يُفْتَت بعد الدفن فوجهان .

الثاني : لو قطع الجاني طرف نفسه بإذن المستحق ، ففي وقوعه عنه وجهان ؛ ^(٤) لاتحاد القاص ، والمقتص ^(٥) .

الثالث : نص على أن أجرة الجلاد في القصاص على المقتص منه ، وفي الحد على بيت المال ، فقيل : قولان ، منشؤهما : أنه يخرج عن العهدة بالتمكين أو التمييز والتسليم ؟ وهو قريب من التردد في أن مؤنة جذاذ الثمار على البائع أو المشتري ؟ وقيل بتقرير النصين ؛ لأن الحد يجوز ستر موجه والهرب منه ، فيكفي فيه التمكن ^(٥) .

والأولى أن يكون للجلاد رزق من بيت المال إن اتسع .

وينبغي أن يُخضِر الإمام - محل الاقتصاص - عدلين خبيرين بمجاري الأحوال يبحثان عن الحديدية ، أسمومة أم لا ؟ ويُراقبان حقيقة الحال .

* * *

(١) قوله : (وهو ضعيف) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « قبل الموت » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) يعني لو أراد ولي القصاص أن يشتوفي بسيف مسموم يُفْتَت جسد الجاني قبل دفنه ، مُنع من ذلك بلا خلاف ؛ وهذا لما فيه من هتك الحرمه وعُسر الغسل والدفن .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لاتحاد القابض والمقبض منه » .

(٥) قال في الروضة (٢٢٣/٩) : « لينصب الإمام من يقيم الحدود ، ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له ، ويرزقه من خمس خمس الفية والغنمية ، المرصد للمصالح . فإن لم يكن عنده من سهم المصالح شيء ، أو كان واحتاج إليه لآههم منه ، فأجرة القصاص على المقتص منه ؛ لأنها مؤنة حق لزمه أدائه . وقيل : على المقتص . والصحيح المنصوص الأول ، وفي أجرة الجلاد في الحدود - والقاطع في السرقة - وجهان ، أصحهما : على المجلود والسارق ؛ لأنها تمة الحد الواجب » .

الفصل الثاني

في أن حق القصاص على الفور

فلا يؤخر باللياذ إلى الحرم إلى وقت الخروج ، بل يُقتل في الحرم [عندنا] ^(١) خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٢) .

ولو لاذ بالمسجد الحرام يُخرج ويُقتل . وقيل : يقتل في المسجد وتُبسط الأنطاع حذرًا عن ^(٣) التأخير ^(٤) . ولو قطع طرفه فمات ^(٥) ، فللولي قطع طرفه وحز رقبتة عقيقه ؛ لأنه استحق الروح على الفور . ^(٦) وكذا لو قطع ^(٦) في الشتاء فللمستوفي القصاص في حرارة القيظ كما له القصاص في حالة المرض وإن كان مخطراً .

ولو قطع يديه فاندمل ، فقطع رجله : فللمقطوع أن يجمع بين قطع يديه ورجليه ولأء وإن كان فيه مزيد خطر ؛ لأن الحق على الفور . وفيه وجه : أنه يُمنع .

وفي الجملة ^(٧) لا يؤخر حق القصاص ^(٧) إلا بعذر الحمل إلى وضع الولد وارتضاعه اللبأ ^(٨)

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) مذهب الشافعية : أنه لا يؤخر القصاص باللياذ إلى الحرم حتى يخرج منه ، بل يُقتل فيه . وهو مذهب المالكية . ومذهب أبي حنيفة : أنه لو أنشأ القتل في الحرم قتل فيه ، وإن قتل خارجه ثم التجأ إلى الحرم : لم يُقتل فيه بل يُمنع عن الطعام والشراب حتى يضطر للخروج منه ، وحينئذ يُقتل خارجه . أما إذا كان القصاص فيما دون النفس ، فقد اتفقوا على جواز استيفائه في الحرم .

انظر : روضة الطالبين (٢٢٤م٩) . رعوس المسائل ص (٤٦٨) . الكافي ص (٥٩٢) . / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦١/٤) . رد المحتار (٥٤٧/٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٤) وهذا وجه ضعيف كما أشار إليه الغزالي رحمه الله . انظر الروضة (٢٢٤/٩) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ومات » . (٦) في (أ) ، (ب) : « وكذلك لو قتل » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يؤخر القصاص » .

(٨) اللبأ : بوزن العتب ، هو ما يُخلب من اللبن عند الولادة . انظر المطلع على أبواب المنع ص (٣٦٠) .

إن كان لا يعيش دونه . فإن لم نجد مرضعةً فالى الفطام . وإن وجدناها - ولم تَرْغَب - قَتَلْنَا هذه وألزمنا المرضعةَ الإرضاعَ بالأجرة وقدَّرناه صَبِيًّا ضائعًا .

وأما الحدَّ فيؤخَّر عن الفطام أيضًا إلى أن يكفَّل الولدَ غيرها ؛ لقصة الغامدية ^(١) ؛ فإنَّ الحدَّ على المساهلة ، ولذلك تُحبس الحامل في القصاص ، ولم يحبس رسولُ ﷺ الغامديةَ . ولا يُتبع الهاربُ لأجل الحدِّ . وللوالي حبسُ القاتل إن كان وليُّ المقتول غائبًا ، ولا يحبس في ديون الغائبين ؛ لأنَّ في القتل عدوانًا على حقِّ الله تعالى .

فروع ثلاثة

الأول : لو ادعت الحملَ ، ففي وجوب التأخير بمجرد دعواها وجهان :

أحدُ الوجهين : يجب ؛ لأنها أعرفُ به ^(٢) . وعلى هذا ، لا يمكن استيفاء القصاص من المنكوحه ^(٣) يُخالطها زوجها .

والثاني : أنا لا نَنكِّفُ إلا بمخايل الحمل ، ولا مُبالاة بنطفةٍ تعرض عقب الوطء إذا لم تَنسَلِك الحياةَ فيها .

الثاني : لو بادر الوليُّ وقَتَلَ الحاملَ [بغير إذن الإمام ، فأجهضت جنينًا ميتًا] ^(٤) عزَّزه ،

(١) هذه القصة رواها مسلم في صحيحه (١٣٢١/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٥) باب « من اعترف على نفسه بالزنا » حديث (١٦٩٥) بإسناده عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال : جاء ماعز بن مالك إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله طهَّرنِي ... وفيه « ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد ، فقالت : يا رسول الله ، طهَّرنِي ، فقال : وَيَحْك !! ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك ، قال : وما ذاك ؟ قالت : إنها حُبَلتُ من الزنا ، فقال : آتِي . قالت : نعم ، فقال لها : حتى تضعي ما في بطنك ، قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال فأَتَى النبي ﷺ فقال : قد وضعت الغامديةَ ، فقال : إِذَا لَا تَرَجْمُهَا وَندع ولدها صغيرًا ليس له مَنْ يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إِلَيَّ رضاعه يابني الله ، قال : فرجمها .

(٢) وهذا هو الصحيح ، وبه قال جمهور الشافعية . انظر الروضة (٢٢٧/٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منكوحه » .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

وغرة الجنين على عاقلته ؛ لأنَّ مَوْتَ الجنين بهذا السبب لا يَتَيَقَّن ، بل يُحتمل عدم الحياة عند الجناية . وإن قَتَلَ ^(١) بإذن السلطان - وهما عالمان - ففي الغُرة ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه على عاقلة الولي ؛ لأنه مباشر .

والثاني : يُحَالُ على الإمام ؛ لتقصيره بالتسليط ^(٢) .

والثالث : أنه عليهما جميعاً بالتشطير .

وإن كانا جاهِلَيْنِ فخلاف مرتب ، والحوالة على الولي أولى ؛ إذ لم يَتَقَّ لجانب الإمام وَجْهٌ إلا تقصيره في البحث ^(٣) . فإن كان الإمام جاهلاً والولي عالماً ، فَلْيَقْطَعْ بالحوالة على الولي ؛ لاجتماع العلم والمباشرة ، وفيه وجه .

وإن كان الإمام عالماً والولي جاهلاً ، فجانب الإمام قد يَقْوَى بالعلم فيتأكد النظر إليه .

وحيث أخلنا على الإمام / فهو على عاقلته أو في بيت المال ؟ فيه قولان يجريان في كل خطأ ب/٢٣٦
وقع للإمام ^(٤) . وإن كان عالماً فلا يجب على بيت المال .

هذا في الولي ^(٥) أما الجلاد فلا عهدَةٌ عليه عند جهله اتفاقاً ؛ لأنه كالآلة ، فكيف يتقلد العهدة ؟ ! وإن كان عالماً - وقدر على الامتناع - فهو كالولي . وإن خاف سطوة السلطان ، فقد ذكرنا أنَّ أمر السلطان إكراه أم لا ^(٦) ؟ .

الثالث : لو قطع يديه ورجليه ، فعفا عن القصاص وطلب شيئاً من الدية ، ففيه ثلاثة

أقوال :

(١) في (ب) : « وإن قتلها » .

(٢) وهذا هو الصحيح المنصوص خلافاً لما صححه الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (٢٢٧/٩) .

(٣) انظر روضة الطالبين (٢٢٧/٩) .

(٤) قال في الروضة (٢٢٨/٩) : « وحيث ضُمَّتْ الإمام ، فإن كان عالماً ففي ماله . وإن كان جاهلاً ، فعلى القولين في أن ما يجب بخطأ الإمام في الاجتهاد ، هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ أظهرهما - وهو المنصوص هنا - : أنه على عاقلته » .

(٥) قوله : (أم لا) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الوالي » .

أحدها : أنه تُعجل ^(١) له ديتان ، فإن تداخل بالسراية استردت واحدة ^(٢) وكانّ التداخل عارض مغيّر للسبب ^(٣) بعد تمامه .

والثاني : أنه تُسلم إليه دية واحدة ؛ لأنه المستيقن ، وسبب الباقي يتم بالاندمال .

والثالث : أنه لا يُسلم شيء ؛ إذ يُتصور أن يعرجه مائة وألف ، فترجع حصته إلى جزء من الألف فلا يُشتيقن مقدار ، وقد نصّ الشافعي (رضي الله تعالى عنه) في السيد - إذا جنى على مكاتبه - أنه يعجل . فليل بطرد الخلاف تخريجا . وقيل : الفرقُ التشوّف إلى العتق .
ثم هؤلاء اختلفوا في اختصاص التعجيل بالنجم الأخير ، فليل : لا يختص ؛ لأنّ الأول أيضا يقرب ^(٣) من العتق .

* * *

(١) في الأصل : « تجعل » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « وكان التداخل عارضا مغيرا للسبب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تقريب » .

الفصل الثالث

في كيفية المماثلة

وهي مَرَعِيَّةٌ عندنا في قصاص النفس خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) .

ومعناه : أَنَّ مَنْ قَطَعَ وَقَتَلَ قُطِعَ وَقُتِلَ ، وَمَنْ غَرَّقَ أَوْ حَرَّقَ أَوْ رَجَمَ بِالْحِجَارَةِ فُعِلَ بِهِ مِثْلُهُ إِلَّا إِذَا قَتَلَ بِاللُّوَاطِ أَوْ إِيْجَارِ الْخَمْرِ ؛ فَإِنْ مِثْلُهُ فَاحْشَةٌ ^(٢) فَيُعْدَلُ إِلَى السِّيفِ . وَقِيلَ : يُعْدَلُ إِلَى إِيْجَارِ الْخَلِّ وَإِلَى اسْتِعْمَالِ خَشْبَةٍ ^(٣) .

ومهما عدل المستحق - من غير سيف ^(٤) - إلى السيف : يُمَكَّنْ ؛ لِأَنَّهُ أَوْحَى ^(٥) وَأَسْهَلُ .

فروع

الأول : لو أحرقه ^(٦) بالنار ، فألقيناه في مثلها فلم يُمِتْ في تلك المدة ، فَيَتْرَكَ فِيهَا أَوْ يُعْدَلُ إِلَى السِّيفِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

(١) مذهب الشافعية : مراعاة المماثلة في قصاص النفس ، فمن قتل إنساناً بالإحراق أو الإغراق ، أو بالسِّمِّ ، فَعِلَ بِهِ كَمَلُ فَعَلٍ ، إِلَّا إِذَا كَانَ قَتْلٌ بِوَسِيلَةٍ غَيْرِ مَشْرُوعَةٍ ، كإِيْجَارِ الْخَمْرِ أَوْ بِاللُّوَاطِ مَثَلًا ، فَإِنَّهُ يَقَادُ مِنْهُ بِالسِّيفِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الْمَالِكِيَةِ أَيْضًا إِلَّا أَنَّهُمْ اشْتَرَطُوا أَلَّا يُوْدِيَ ذَلِكَ إِلَى تَعْذِيبِ الْجَانِي وَإِلَّا أُقِيدَ مِنْهُ بِالسِّيفِ . وَمَذْهَبُ الْحَنَفِيَّةِ : أَنَّهُ لَا تَرَاعَى الْمُمَاثَلَةُ فِي الْقَصَاصِ ، فَلَا يَقَادُ مِنَ الْجَانِي إِلَّا بِالسِّيفِ . وَعَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ رَوَايَتَانِ .

انظر : روضة الطالبين (٢٢٩/٩) . المبسوط (١٢٢/٢٦ - ١٢٥) رءوس المسائل ص (٤٦٧) . رد المحتار (٥٣٧/٦) . الكافي ص (٥٨٨) . القوانين الفقهية ص (٣٥٠) . حاشية الدسوقي (٢٦٥/٤) .
(٢) في (أ) ، (ب) « فَإِنْ قَتَلَ فَاحْشَةٌ » والمقصود أن قتله باللوط أو إِيْجَارِ الْخَمْرِ فَاحْشَةٌ لَا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَتْ قِصَاصًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أَوْ اسْتِعْمَالِ خَشْبَةٍ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مِنْ غَيْرِ سِيفٍ » .

(٥) أَوْحَى : أَيَّ أَسْرَعَ . وَ « الْوَحَا » : السَّيْرَةُ . انظر المصباح المنير (١٠١٠/٢) مادة (و ح ي) .

(٦) في (ب) : « لَوْ حَرَّقَهُ » .

أحدهما : [إلى] ^(١) السيف ؛ لأنه أَوْحَى وأسهل ^(٢) .

والثاني : النار ؛ كيلا تُؤالي بين نَوْعِي العذابِ عليه ولتأخذ النارُ مقتله كما أُخذ من المجني عليه .

ولو كان رقبَةُ القاتل غليظة لا تنحزُّ إلا بضرباتٍ فلا تُبالي بهذا ^(٣) التفاوت للضرورة .

فإن قلنا : لا يعدل إلى السيف - لاتحادِ جنسِ العذاب - فيجري هذا في التجويع في مثل تلك المدة . وهل يجري في توالي الضربات بالحجارة والسياط ؟ فيه ترددٌ ؛ لأنَّ كلَّ ضربة كالمنقطعة عما قبلها ، ولا يتعد التسوية ؛ فيقال : ضربه إلى الموت [فنضربه إلى الموت] ^(٤) .

ولو قطع طَرْفَه ^(٥) ، فقطعنا طَرْفَه فلم يَمُتْ : فلا يجوز أن نقطع بقية الأطراف ؛ فإنَّ هذا اختلافٌ محلٌّ معتبر . ولو قتله بجائفة فلم يَمُتْ بجائفة ، فهل نوالي بالجوائف عليه ؟ فيه خلاف ؛ فإن الجوائف تنحو نحو جوف واحد ، والأظهر : أنه كقطع الأطراف . ومهما قطعنا طرفه فلم يَمُتْ فالخيرةُ في حَزِّ رقبته إلى المستحقِّ : إن شاء آخَر وإن شاء عَجَل .

الثاني : لو قطع يده من الكوع ، فجاء آخَرُ وقطع يده من المرفق فمات منهما : قطعنا الكوع من قاطع الكوع ، وفي قطع المرفق من قاطع المرفق وجهان :

وَجْهُ المنع : أنه قطع ساعداً بلا كَفٍّ ، فكيف نقطع الساعِدَ مع الكف ؟ .

ووجهُ التجويز : أن النفسَ مُستوفاةٌ فلا نظر إلى تفاوت الأطراف .

الثالث : إذا مات بسراية القطع ، فقطعنا يَدَ الجاني فمات : وقع قصاصاً . ولو مات الجاني أولاً ^(٦) ففي وقوعه قصاصاً وجهان :

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر الروضة (٢٣٠/٩) .

(٣) في الأصل : « بهذه » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني فمات المقطوعُ بالسراية .

(٦) وذلك يُتَصَوَّرُ بأن يَقطع يده ، فتَقَطَّع يَدُ الجاني ، ثم يموت - أي الجاني - بالسراية ، ويموت بعده المجني عليه بالسراية أيضاً .

أحدهما : لا ؛ لأنّ شرط القصاص أن تكونَ روحُ المجني [عليه] ^(١) زاهقة [قبل موت الجاني] ^(٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ المقابلَ وقد حصل ^(٣) .

الرابع : إذا استحق القصاص في اليمين ، فأخرج الجاني يساره فقطعه المستحقّ ، فللجاني ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : أن يقصد بإخراج اليسار إباحتها ؛ فيسقط قصاصُ اليسار ؛ لأنّ الإخراج - مع نية الإباحة - كافية ^(٤) في الإهدار . ولو قصد قطعَ يده فسكت ولم يخرجها ، فهل يكون ذلك إهداراً ؟ فيه وجهان ، ووجه كونه إهداراً ^(٥) : أنه سكوتٌ في محلٍّ يخزّم السكوت فيه ، بخلاف ما إذا سكت على إتلاف المال ، فإنّه لا يكون إهداراً .

فأما قصاص اليمين ، فهل يسقط ؟ يُزجّع فيه إلى نية القاطع ، وله ثلاثة ^(٦) تأويلات في قطع اليسار :

(الأول) : أن يقول ^(٧) : استبختُ بإباحته ^(٨) ؛ فيبقى حقّه في اليمين .

(الثاني) : أن يقول : ظننتُ أنّ اليسار تجزئ عن اليمين ، ففي سقوط حقه عن اليمين ^(٩) وجهان ؛ لأنه قصد الإسقاط بناءً على ظنٍّ خطأ . وهذا الخلاف جارٍ فيما إذا تضرع مَنْ عليه القصاص ليؤخذ منه الفداء ، فأخذه المستحقّ من غير تلفّظه بالعفو ، فأقداّمه على الأخذ ، هل

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٣) الأصح في هذه المسألة أن لوليّ المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني إذا استتوتاً في الدية . انظر مغني المحتاج (٤ / ٤٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كافٍ » . (٥) في الأصل : « إهدار » .

(٦) في النسخ الثلاثة : « ثلاث » .

(٧) قوله : (أن يقول) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « بإباحته » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) قوله : (عن اليمين) ساقط من (أ) ، (ب) .

يكون إسقاطاً ؟ فيه خلاف .

فإن قلنا بسقوط حقه عن اليمين ، بقي ^(١) له دية اليمين .

(الثالث) : أن يقول ^(٢) : عرفت / أن اليسار لا تُقطع عن اليمين ^(٣) ، ولكنني قصدتُ أن ^{١/٢٣٧} أجعله عوضاً من تلقاء نفسي ، ففيه خلافٌ مرتب ، وسقوط حقه عن ^(٤) اليمين ها هنا أولى .
الحالة الثانية : للمُخرج أن يقول : دُهِشْتُ فلم أدِر ماذا فعلت ^(٥) ، فهذا ليس بإهدار لليسار ^(٦) ولكننا نراجع القاطع ، وله أربعة تأويلات :

(الأول) : أن يقول : دُهِشْتُ [أنا] ^(٧) أيضاً ، فلا يُقبل منه ويلزمه قصاصُ اليسار ؛ لأن الدهشة لا تليق به مع إقدامه على قطع منظور .

(الثاني) : أن يقول : ظننتُ أن اليسار تقع عن اليمين ، فالخلاف في سقوط حقه عن اليمين كما سبق . والمنقول : أن لا قصاصُ في اليسار لِظَنِّه ، ويحتمل الإيجاب كما إذا قُتل الممسكُ لأبيه ^(٨) وقال : ظننتُ أن القصاص يجب على الممسك ، فإن الظاهر وجوبُ القصاص ؛ لِتَعْدِ ظَنِّه .
(الثالث) : أن يقول : ظننتُ أنَّ المُخْرَج هو اليمين ، فلا يسقط حقه عن القصاص ^(٩) ، وفي وجوب القصاص عليه في اليسار قولان كما لو ^(١٠) قتل شخصاً ظنَّه قاتلَ أبيه .

(الرابع) : أن يقول : قصدتُ قَطْعَ يساره عدواناً ، فعليه قصاص اليسار وبقي حقه في اليمين .

(١) في (أ) ، (ب) : « بقي » . (٢) في (أ) ، (ب) : « يقول » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا تقطع باليمين » . (٤) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلم أدِر ما فعلت » . (٦) في (أ) ، (ب) : « في اليسار » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) يعني إذا اشترك اثنان في قتل والده ، أحدهما قاتل بالمباشرة ، والثاني ممسك ، فقتل الابن هذا الممسك .

(٩) في (أ) ، (ب) : « عن قصاص اليمين » . (١٠) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

الحالة الثالثة : للمُخْرِج أن يقول : قصدت بإخراج اليسار إيقاعه عن اليمين ، فللقاطع ثلاثة تأويلات :

(الأول) : أن يقول : ظننت الإباحة ؛ فلا قصاص ؛ لأن قرينة الإخراج أكدت ^(١) الظن ، وحقه في اليمين باقي .

(الثاني) : أن يقول : ظننت أن اليسار تجزىء عن اليمين ، ففي سقوط حقه عن اليمين الخلاف السابق ، ولا قصاص في اليسار لتطابق الفعلين والظنّين ونزولهما منزلة معاملة فاسدة ، وقال ابن الوكيل : يجب القصاص في اليسار ، وهو بعيد .

(الثالث) : أن يقول : ظننت [أن] ^(٢) المخرج يمين ، قطع العراقيون بتفي القصاص ؛ لانضمام التسليط إليه ، وذكروا في الضمان وجهين ، والأظهر الوجوب ؛ لأنه لم يسلط مطلقاً بل يبدل لم ^(٣) يسلم [له] ^(٤) .

هذا كله في القصاص ، فإن جرى في السرقة وفرض دهشة أو ظن : وقع الحد موقعه ، نص عليه ؛ لأن الحد على المساهلة ؛ والمقصود النكال وقد حصل ؛ فيتعبد أن تقطع يمينه بعد ذلك ، ^(٥) وقيل بتخريج وجوب القصاص ^(٥) .

فرع : إذا قضينا ببقاء القصاص في اليمين ، فأراد أن يقطعه عقيقه متواليين الجراحتين ، فالنص منعه ، بخلاف ما إذا قطع يديه ورجليه متفرقة ، فأراد القصاص متواليين ؛ لأن ألم الولاة متولد من الحق ، وهاهنا متولد من جنايتين : ^(٦) إحداها حق ، والأخرى عدوان ^(٦) .

(١) في الأصل ونسخه (أ) : « أكد » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « لم » ليست في (أ) ، (ب) . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وقيل بتخريجه على وجوب القصاص » .

(٦) في الأصل : « أحدهما حق ، والآخر عدوان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الباب الثاني

في حكم العفو

والنظر في طرفين :

الأول : في حكم العفو ، وهو مبني على أن موجب العمد المحض القود المحض والدية ، أحدهما لا بعينه على سبيل التوازي ؟ أو هو القود المحض وإنما الدية تجب عند سقوط القود ؟ فيه قولان ، توجيههما مذكور في الخلاف ^(١) .

فإذا قلنا : الدية موازية للقصاص لا معاوية له ، فهل القصاص أصل ^(٢) والدية تابع ؟ أو هما ^(٣) متوازيان من كل وجه ؟ فيه تردد ، ويظهر أثره في صيغ العفو - وهي أربعة - تفريعا على أن الواجب أحدهما لا بعينه :

(١) والأظهر عند الأكثرين أنه القود المحض ، وإنما الدية بدل منه عند سقوطه . انظر الروضة (٢٣٩/٩) .

قال الحموي : « قوله في الباب الثاني في حكم العفو : (والنظر في طرفين : الأول : في حكم العفو وهو مبني على أن موجب العمد : القود المحض أو الدية ، أو أحدهما لا بعينه على سبيل التوازي ، أو هو القود المحض ، وإنما الدية تجب عند سقوط القود ؟ فيه قولان توجيههما مذكور في الخلاف) .

قلت : ذكر الشيخ أن موجب العمد المحض القود أو الدية أو أحدهما لا بعينه ، وإذا كان كذلك فأقول : أما قوله : (القود) فهو كذلك ، وأما قوله : (أحدهما لا بعينه) فهو كذلك ؛ فإن للشافعي (رضي الله عنه) قولين فيهما ، وأما قوله : (أو الدية) فلا حاجة إليه ، فإن أحدا من أصحابنا لم يقل : إن الواجب عين المال ، ولا أحد من العلماء ، فكيف يقول : (أو الدية) ؟ ثم إنه ذكر ما يخالف هذا ، فإنه ذكر ثلاثة أشياء ثم قال : (وفيه قولان) وكان ينبغي أن يقول : ثلاثة أقوال ، كما لا يخفى .

قلت : وإن كان ظاهر كلامه يدل على هذا ، إلا أنه ذكر بعده ما يدل على أنه أراد بالمال لا على سبيل الاستقلال بل بطريق البدلية فقال : (التفرع على قولنا الواجب القود المحض : أنه لو عفا على مال ثبت ، ويكون بدلا عند عدم القود ، وكذلك لو تعذر القود بموت من عليه القصاص رجعا إلى الدية . ولو عفا مطلقا فقولان ... إلى آخره) وإذا كان كذلك صح ما ذكره الشيخ واتجه قوله : (فيه قولان) ؛ لأنه إذا كان المال بطريق البدل لم يبق إشكال . إشكالات الوسيط (ق ١٦٩ / ب ، ١٧٠ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والدية تبع ؟ أم هما » .

الأولى : أن يقول : عفوْتُ عن القصاص والدية جميعًا ؛ فيسقطان . فلو قال : عفوْتُ عن القصاص ، لم يَتَقَّ إلا الدية . فإن قال : عفوْتُ عن الدية فله القصاص ، وهل له مرجعُ إلى الدية ؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها : لا ؛ لإسقاطه .

والثاني : نعم ؛ لأن القصاص لا يَفْرَى عن إمكان رجوعه إلى الدية ، فعلى هذا ، لا أثر للعفو عن الدية .
والثالث : في أن تأثيره في أن يجعل القود المحض واجبًا ، فيكون حكمه حكمَ التفریع على القول الآخر في الرجوع عن ^(١) الدية .

فإن قلنا : لا يرجع إلى المال استقلالًا ، فهل لهما ^(٢) المصالحة على المال ؟ فيه وجهان ^(٣) : أحدهما : لا ، كحدِّ القذف .

والثاني : نعم ؛ لأنَّ الدم مُقَوِّم شرعًا كالْبَضْع .

ولو جرى مع أجنبي فوجهان مرتبان وأولى بالمنع ، ووجه التجويز ^(٤) : تشبيهه باختلاع الأجنبي زوجة الغير . وهذا الخلاف جارٍ حيث يتعرَّى ^(٥) القصاص عن الدية . ويمكن ذلك بأن يقطع يديه فَيَسْرِي ^(٦) إلى الروح ، فإذا قطع يديه قصاصًا ، فليس له إلا حُرُّ الرقبة . فلو عفا فلامال ؛ لأنه استوفى يدين يوازيان الدية ^(٧) .

الثانية : إذا قال : عفوْتُ على أن لامال ، فوجهان :

أحدهما : أنه يسقط كلاهما كما لو عفا عنهما .

والثاني : لا ؛ لأنه شرط نَفْي المال في العفو عن القود ، والعفو المطلق - على هذا القول -

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى » . (٢) في (أ) ، (ب) ، « لهم » .

(٣) في الأصل : « وجهان » كلمة (فيه) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « وجه التجويز » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يَفْرَى » . (٦) في الأصل : « فَسْرَى » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « يتوازيان الدية » والمثبت من (أ) ، (ب) .

موجبٌ للمال ؛ فلا ينتفي بشرط النُفي ^(١) .

الثالثة : أن يقول : عفوْتُ عنكَ ، ولم يتعرض لدية ولا قود ، فإن / قلنا : الواجبُ القود ^{٢٣٧} ب/ المحض ، سقط القصاص ^(٢) ، ويكون كالعفو المطلق . وإن قلنا : الواجب أحدهما ، ففيه وجهان : أحدهما : أنه يسقط القود ؛ لأنَّ لَفْظَ العفو يليق به .

والثاني : أنه مجمل ^(٣) ويُراجع ، فإن نوى شيئاً تابع . وإن قال : لم يكن لي نية ، قيل له : أنشأ الآن نيةً . وفيه وجه ثالث : أنه إن لم يكن له نيةً انصرف إلى القصاص ، وإن نوى الدية انصرف إليها .

الرابعة : إذا قال : اخترت الدية ، سقط القود ^(٤) ، وإن قال : اخترتُ القود المحض فهل يُجعل كإسقاط الدية ؟ فيه وجهان ، وَجْهٌ قولنا : لا يسقط ، أنه يُحمل على التهديد ^(٥) والوعيد ، فله أن يُحسن بالعفو .

التفريع على قولنا : إن الواجب القود المحض ، أنه لو عفا على مال : ثَبِتَ ، ويكون بدلاً عند عدم القود ، وكذلك لو تعدَّر القود بموت مَنْ عليه القصاصُ رَجَعْنَا إلى الدية ، وإن عفا مطلقاً فقولان : أحدهما : أن لا مَالَ ؛ لأنه لا واجب إلا القود وقد أَشَقَطَهُ .

والثاني : أنه يثبت ؛ لأن الدية خلف القود عند سقوطه .

فرعان

الأول : المفلِس المستَحِقُّ للقود له الاستيفاء ، فإن عفا عن القود مع نُفي المال ، فهل يُنْزَل منزلةً المطلق ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : أنه دفع لسبب الوجوب ، كما إذا ردَّ هبةً أو وصيةً ، أو دفعَ الوجوب بعد جريان سببه .

وفي المبتدِّر طريقان ، منهم مَنْ ألحقه بالمفلس . ومنهم مَنْ قال : هو - في استيفاء القصاص وإسقاطه - كالبالغ ، ولكن في دفع الدية كالصبي .

(١) في الأصل : « نفي » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « يسقط القصاص » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أنه محتمل » . (٤) في (ب) : « يسقط القود » .

(٥) في الأصل : « التهديد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

الفرع الثاني^(١): لو صالح عن القصاص على مائتين من الإبل: بَطَل على قولنا: [إن]^(٢)
الواجب أحدهما؛ لأنه زيادةٌ على الواجب. وعلى [القول]^(٣) الآخر فيه وجهان، وجه المنع:
أن الدية لها تَعَلُّقٌ بالقود بكل حال فلا مَزِيدَ عليها.

* * *

(١) كلمة: « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

الطرف الثاني

في العفو الصحيح والفاقد

وأحوال العفو سبعة :

الأولى : [أنه ^(١)] إذا أذن له في القطع سقط القصاص . وإن سرى إلى النفس سقط أرشُ الطرف ^(٢) ، وفي دية النفس إذا سرى - أو قال : اقتلني - قولان يبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أو تَلَقُّيًا من الميت ؟ والأصح : أنه تَلَقَّى ^(٣) ، فسقط بعفوه كل الدية وإن لم يكن له مالٌ سواه فإنه دفع الوجوب ^(٤) فلا يحسب من الثلث . وفي سقوط الكفارة وجهان ، أصحهما : اللزوم ؛ للجناية على حق الله تعالى . وخَرَجَ ابن سريج أن حق الله تعالى يتبع حق الآدمي كما في القتل قصاصًا .

الثانية : العفو بعد القطع وقبل السرية ، بأن يقول : عفوْتُ عن القطع أرشًا وقودًا ، فإذا سرى إلى ما وراءه مع بقاء النفس ، فالسراية مضمونة ؛ لأنه لم يَغْفُ عن المستقبل وقد تولد عن فعلٍ كان مضمونًا . وفيه وجه : أن العفو الطارئ كالإذن المقارن .

ولو قال : عفوْتُ عما سيجب ، فهو إبراء عما لم يَجِبْ وجرى سبب وجوبه ، وفيه قولان .

الثالثة : العفو بين القطع والموت ، بأن قال : عفوْتُ عما سبق أرشًا وقودًا ، فلا قصاص في النفس ؛ ليتولَّده عن مَغْفُوٍّ عنه وعن ابن سريج وجه : أنه يجب ؛ لأن الفعل كان عهدوانًا ولم يَغْفُ عن النفس .

وأما الدية ، فتخرج على الوصية للقاتل ، فإن منعناها لم تسقط ، وإن جوَّزناها سقط ما يقابل القطع السابق ويبقى الآخر إلا إذ صرح بالعفو عما سيجب ؛ فيخرج على القولين إلا إذا كان قد قطع كلتا اليدين ، فإن العفو عنه [عفو] ^(٥) عن كمال الدية فلا يبقى واجب .

(٢) في (ب) : « الجناية » .

(١) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « دفع للوجوب » .

(٣) في لأصل : « تَلَقَّى » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

ولو أوصى للجاني بالأرش بدل العفو لم يُخْرَج [هذا] ^(١) على الإبراء عما سيجب ؛ لأن هذه وصية يمكن الرجوع عنها وليس بإبراء مُنَجَّز ، والوصية بما سيجب : تجوز ، ونصوص الشافعي (رضي الله عنه) هاهنا تدلُّ على منع الوصية للقاتل ، فإنه قال : لو كان القاتل عبداً صَحَّ العَفْو ؛ لأن أثره يرجع إلى السيد الذي ليس بقاتل . وقال : لو كان الجاني مخطئاً صَحَّ العَفْو ؛ لأن الفائدة للعاقلة لا للقاتل ، ولو كان العاقلة مُنْكَرًا أو مخالفاً في الدين ، فإن ^(٢) العَفْو باطل ؛ لأنه عَفْوٌ عن القاتل [فهو وصية له] ^(٣) . وقال الأصحاب : إذا قال للخاطيء : عفوْتُ عنك - وقلنا : الوجوب لا يلاقيه ، فهو لغوٌ . وإن قلنا : يلاقيه ، لغا أيضاً على أحد الوجهين ؛ لأن ملاقاته له تقدير ^(٤) مختطف [لا قرار له] ^(٥) .

الرابعة : إذا عفا بعد قَطْع الطرف على مال ، فقد ذكرناه في القصاص إن سرى ، فلو حَزَّ رقبته ، هل يكون كسرية قطعه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ فإن الجاني واحد ، فيُتَّحد الحكم كما تتحد الدية .

والثاني : لا ؛ لأن سقوط القصاص كالتولد ^(٦) عن مَعْفُو عنه .

الخامسة / : عَفْو الوارث بعد موت القاتل صحيح ، فإن استحقَّ القصاص في الطرف ٢٣٨/١ والنفس فعفا عن أحدهما لم يَسْقُط الآخر . وقيل : إن عفا عن النفس ، فقد التزم بقاء الأطراف ؛ فيسقط قصاصُ الطرف [والنفس] ^(٧) . ^(٨) وإن كانت النفس مستحقة ^(٨) بقطع الطرف ، فعفا عن الطرف ، ففي جواز حَزَّ الرقبة وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه عفا عن الطرف .

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) : « قال » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « تقديرًا » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « كالتولد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « وإن كان النفس مستحقًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

والثاني : نعم ؛ إذ كان له أن يقطع الطرف ثم يَحْزُرَ الرقبة . ولا يبعد أن ينفصل الطرف ^(١) عن الغاية ؛ إذ لو قطع طرفَ عبدٍ ففتق ومات ، فللسيد قَطْعُ يده ؛ وللولد ^(٢) حَزْرُ رقبته ، وعَفْوُ أحدهما لا يُشَقِّطُ حقَّ الآخر .

السادسة : العفو بعد مباشرة سبب الاستيفاء ، كما إذا قطع يدٌ مَنْ عليه القصاص ، ثم عفا عن النفس ، فإن اندمل القطع صَحَّ العفو ، ولا ضمان عليه خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) . وإذا سرى بآن أنَّ العفو باطلٌ ، وكذلك إذا رمى إليه ، ثم عفا قبل الإصابة ، فإنَّ أصاب بآن بطلانُ العفو ، وهو الأصحُّ ^(٣) .

السابعة : إذا تنحَّى الوكيلُ إلى عرصة الموقف ليستقيد ، فعفا الموكلُ ، فحزُّ الوكيل رقبته غافلاً : فلا قصاص عليه ، وفي الدية والكفارة ثلاثة أقوال ، في الثالث : تجب الكفارة دون الدية . وَوَجْهُ إسقاط الدية : أنه معذورٌ كما في السهم الغرب . ووجهُ إيجابه : أنه ^(٤) فيه نوعٌ تقصير ؛ إذ كان ينبغي أن يُجَدِّد الاستئذان عند الحزِّ . ووجهُ دفع الكفارة : إسقاط أثر العفو في حقه ؛ لأنه لم يبلغه . ومع هذا ، فلا خلاف في أن القتل لم يقع قصاصاً ؛ ^(٥) فيثبت للعافي الدية في تركة القتيل ^(٥) وفيه وجه : أننا إن أهدرنا دية القتيل ^(٦) ، فلا نوجب للعافي شيئاً في تركته .

وإن فرغنا على أن دم القتيل لا يهدر ، فالدية على الوكيل ، أو على عاقلته ؟ فيه قولان يجريان ^(٧) في كل خطأ لا يتعلق بالفعل ونفس القتيل .

فإذا أوجبناه ، ففي الرجوع على العافي طريقان ، منهم مَنْ نزلَه منزلة المعذور ، ومنهم مَنْ قال : هو مُحْسِنٌ بالعفو فلا شيء عليه .

فرع : لو اشترى المجني عليه العبدَ الجاني بالأرْش المتعلق برقبته : صَحَّ ؛ كشراء المرتهن

(١) في (أ) ، (ب) : « الطريق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وللوارث » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « على الأصح » . (٤) في (ب) : « أن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فيثبت للعافي في تركة القتيل القاتل : الدية » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « القاتل » .

(٧) في الأصل : « يجري » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بالَّذین ، فإن هذا الذَّنْیَ - وإن لم یکن علی السید - فهو مُتَعَلِّقٌ بِماله .

وإن كان الأرض إبلاً ، ففي الشراء وجهان ؛ لما فيه من الجهالة ، ووجه الصحة : أن المقصود الإسقاط دون الاستيفاء ؛ فَيُسَامَحُ في الجهالة .

فلو وجد بالعبد عيباً ، فله الرُّدُّ وإن كان لا یُسْتَفید برُّه أمراً زائداً ؛ إذ لا یتجدد له علی السید طَلَبُهُ [واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلم] ^(١) .

* * *

كتاب الديّات

والنظر في : الواجب ، والموجب ، ومنّ عليه ، وفي دية الجنين .

القسم الأول :

في الواجب

والنظر في : النفس ، والطرف . وفيه بابان :

الباب الأول في النفس

والأصل^(١) في الحرّ المسلم مائة من الإبل [والأصل فيه قوله ﷺ: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»] ^(٢) مُخَمَّسة : عشرون منها بنت مخاض^(٣)، وعشرون بنت لبون^(٤)، وعشرون ابن لبون، وعشرون حِقَّة^(٥)، وعشرون جَذَعَة^(٦).

ثم تتغير في أربع^(٧) مغلّظات وأربع منقصات.

أما المغلّظات الأربع فهو: الحرم، والأشهر الحرم، والزّجيم، والعَمْدِيَّة.

أما الحرم، فالقتل في مكة وسائر الحرم يُوجب التغلّيط على الخاطيء، وكذا^(٨) لو رمى من الحرم إلى الحِلِّ، أو من الحِلِّ إلى الحرم كما في الصيد. وفي حرم المدينة خلاف، والإحرام لا يُلْتَحَق به.

(١) في (أ) : «والواجب».

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (أ)، (ب). وهذا الحديث رواه أبو داود في سننه (٦٨٢/٤) (٣٣) كتاب الديات (١٩) باب في «دية الخطأ شبه العمد» حديث (٤٥٤٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة فكبّر ثلاثاً... ثم قال: «ألا إن دية الخطأ شيعة العمد - ما كان بالسوط والعصا - مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها». ورواه النسائي (٤٠/٨) باب «القسامة» باب «كم دية شبه العمد؟». ورواه ابن ماجه في سننه (٨٧٧/٢) حديث (٢٦٢٧) جميعاً من طريق حماد بن زيد عن خالد الحذاء عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ.

(٣) في (أ)، (ب): «بنات مخاض». وابن مخاض هو ولد الناقة يبلغ سنة ويأخذ في السنة الثانية. ويقال للأنثى: بنت مخاض، والجمع: بنات مخاض. انظر المصباح المنير (٨٧٢/٢). المطلع على أبواب المقنع ص (١٢٣).

(٤) في (أ)، (ب): «بنات لبون». وولد اللبون: هو ولد الناقة يدخل في السنة الثالثة، ويقال للأنثى: بنت لبون، والجمع: بنات لبون. انظر المصباح المنير (٨٤٤/٢). مادة (ل ب ن). المطلع ص (١٢٤).

(٥) الحقيقة: الناقة تبلغ ثلاث سنوات وتدخل في الرابعة، وسميت كذلك؛ لأنها استحققت أن تُركب ويُحمَل عليها. انظر المطلع ص (١٢٤).

(٦) الجذعة: الناقة تكمل خمس سنوات وتدخل في السادسة. انظر المطلع ص (١٢٤).

(٧) في (أ) : «بأربع». (٨) في (أ)، (ب) : «وكذلك».

وأما الأشهر الحرم فأربعة، ثلاثة منهن سرّد: ذو القعدة، وذو الحجة، والحرم. وواحد فرّد، وهو رجب .

وأما الرحم، فما يوجب المحرمة دون ما عداها من القربات ^(١) .

واعتمد الشافعي (رضي الله عنه) في التغليظ بهذه الأسباب الثلاثة آثار الصحابة (رضي الله عنهم) خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) .

وأما العمدية - وكونه شبهة العمد - فقد ذكرناه . ونذكر الآن ثلاث صور :

إحداها : أن من قتل شخصاً في دار الكفر علي زيّ الكفار، فإذا هو مسلم، ففي الدية قولان ^(٢)، فإن أوجبناها ^(٣) ففي الضرب على العاقلة قولان، وهو تردّد في أنه يُجعل عمداً أو شبهة عمد ؟ . وفيه وجه : أنه يُلحق بالخطأ المحض فيخفف ^(٤) على العاقلة .

الثانية : إذا رمى إلى مرتد، فأسلم قبل الإصابة، وهي معنى الصورة السابقة، وأولى بأن يُلحق بالخطأ .

الثالثة : إذا رمى إلى جرثومة ظنّها شجرة، فإذا هي ^(٥) إنسان، فالصحيح : أنه خطأ محض كما لو سقط / من سطح، أو مرق السهم من صيد إلى إنسان، أو قصد شخصاً فأصاب ٢٣٨/ب غيره . ويُحتمل من مسألة الحربي أن يقال : ظنّ كونه شجرة كظنّ كونه حريّاً هدرًا ^(٦) وقد قصده في عينه .

فإن قيل : ما معنى التخفيف والتغليظ ؟، قلنا : المائة من الإبل تتخفّف في الخطأ المحض من ثلاثة أوجه : الضرب على العاقلة، والتأجيل بثلاث سنين، ووجوبها مُخمّسة . وفي العمد المحض ^(٧) تغلّظ بتخصيصه بالجاني، وبتعجيله عليه ^(٧)، وتبديل التخمس بالتثليث، وهو أن

(١) في (أ)، (ب) : « القربات » .

(٢) والأظهر من القولين أنه لا دية عليه . انظر الروضة (٢٥٦/٩) .

(٣) في (أ)، (ب) : « فإن أوجبنا » . (٤) في (أ)، (ب) : « ليخفف » .

(٥) في (أ)، (ب) : « فإذا هو » . (٦) في (أ)، (ب) : « مهدر » .

(٧) في (أ)، (ب) : « تغلظ بتخصيصها بالجاني وبتعجيلها عليه » .

يجب ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خليفة في بطونها أولادها. وهذه النسبة مَرْعِيَّةٌ، حتى تجب في أرض جنابة الموضحة خلفتان، وجذعة ونصف، وحقة ونصف. وكذا في سائر الجراحات.

وأما شبه العمد فتتخفف من وجهين: الضرب على العاقلة، والتأجيل ثلاث سنين، وتُغَلَّظ من وجه: وهو التثليث؛ لقوله عليه السلام: «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ الْعَمْدِ الْخَطَأُ - قَتِيلَ السُّوْطِ وَالْعَصَا - فِيهِ مَائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ»^(١)، أربعون منها^(٢) خليفة في بطونها أولادها^(٣).

ولا يتضاعف التغليظ بتضاعف الأسباب، فيجب على العمد في الحرم في الأشهر الحرم بقتل ذي الرحم ما يجب على العمد دون هذه المغلطات.

فإن قيل: ^(٢) فما صفة الإبل، وصنفه، وبدلته عند فقده^(٣)؟ قلنا: أما الصفة فما ذكرناه مع السلامة عن العيوب ^(٤) المثبتة للرد بالعيوب. أما الخلفة فلا تكون إلا ثَيِّبَةً^(٥)، فإن حملت ما دونها^(٦) - على الندور - ففي إجزائها وجهان^(٧)؛ لأنه قد يُظَنُّ الإجهاض بها^(٨).

ومهما تنازعا في وجود الحمل، مُحْكَمٌ في الحال^(٩) بقول عدلين من أهل البصرة، فلو اختلف^(١٠) قولهما استدرك، فلورَدَ وليُّ الدم وقال: ليس^(١١) حاملاً، فالقولُ قوله، إلا إذا ادَّعى الجاني الإجهاض في يده وكان قد أخذه^(١٢) بقول عدلين لا بقول الجاني، ففيه وجهان: أحدهما: ^(١٣) أن المصيب هو الجاني؛ لموافقة قول العدلين^(١٤).

(١) في (أ)، (ب): «منها أربعون».

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) في (أ)، (ب): «وما صفة الإبل، وصنفها، وبدلها عند فقدها؟».

(٤) في (أ): «من العيوب».

(٥) الثَّيِّبَةُ: الناقة تدخل في السنة السادسة. ويقال للذكر: ثَيِّبٌ. انظر المصباح (١٣٥/١).

(٦) في (أ)، (ب): «فيما دونها».

(٧) والأصح إجزاؤها. انظر الروضة (٢٦٠/٩).

(٨) في (أ): «لها».

(٩) في (أ)، (ب): «في الحمل».

(١٠) في (أ)، (ب): «فإن اختلف».

(١١) في (أ)، (ب): «ليست».

(١٢) في (أ): «أخذها».

(١٣) في (أ)، (ب): «أن المصدق هو الجاني؛ لموافقة قول عدلين».

والثاني : هو الولي ؛ لأنَّ العدل لم يحكم إلا بالتخمين ، فيصلح تخمينه لتأخير حقِّه لا لإسقاطه .

أما صنفه ^(١) ، فهو غالبُ إبل البلد ، فإن لم يكن في البلد [إبل] ^(٢) فأقربُ البلدانِ إليه ، ^(٣) فإن كان إبل من عليه مخالفاً لإبل البلد ^(٤) فهل تتعين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ كقوتٍ من عليه [زكاة] ^(٥) الفطر في أحد القولين .

والثاني : لا ؛ لأنه شكَّر على النعمة ، فيكون من جنسها ، وهذا أرشُ الجناية فلا يناسب اعتبار ملكه .

فإن اعتبرناها ، فكانت مريضةً أو معيبةً فهي كالمعدومة . وإن كانا جنسين [مختلفين] ^(٦) متساويين فالخيرةُ إلى المعطي .

^(٦) وأما بدله عند العجز فقيمته ^(٧) في محل العبرة مغلظةً كانت أو مخففةً . ونصَّ في القديم على أنه يرجع إلى ألف دينار ، أو إلى اثني عشر ألف درهم من الثَّقرة الخالصة . وقيل : إن معنى القديم التخيير بين الخصال الثلاث ، وهو ضعيف ؛ لأنَّ أثر التغليظ يسقط به . وقيل : يُزاد الثلث ^(٨) بسبب التغليظ فيجعل ستة عشر ألفاً ؛ تقليداً لأثر ابن عباس (رضي الله عنه) ، وهو بعيد ^(٩) .

هذا بيان المغلطات ، وأما المنقصات فهي أربع :

الأولي : الأنوثة ، فإنها تردُّ كلَّ واجبٍ إلى الشطر ، ثم تُزعى النسبة في التغليظ والتخفيف ، فيجب عشرون خلفةً ، وخمس عشرة حقةً ، وخمس عشرة جذعةً ، وعلى [هذا] ^(١٠) الحساب في الأطراف .

(١) في (أ) ، (ب) : « أما صنفها » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن كانت إبل من عليه مخالفةً لإبل الدية » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أما بدلها - عند العجز - فقيمتها » .

(٧) في (أ) : « البدل » . (٨) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

الثانية : الرق ، وواجب الرقيق قيمته بالغة ما بَلَغَتْ وإن زادت على دية الحرّ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) فإنه حطَّ عن ديته بقدر نصاب السرقة .

الثالثة : الاجتنان في البطن ، إذ واجب الجنين الغرة ،^(١) ولا يتغلظ فيه ، وسيأتي^(٢) .

الرابعة : الكفر ، ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ولا يُظْهر فيه التغليظ، إلا أن يُجعل هذا معياراً للنسبة فينسب إلى اثني عشر ألف درهم ، ويقال : هو خمس دية المسلم .

هذا في أهل الذمة وأهل العقد والمستأمنين من هؤلاء .

أما الزنادقة وعبدُ الأوثان فلا دية لهم ولا ذمة لهم^(٣) . ولو دخل واحدٌ منهم دارنا رسولاً مستأمناً : فإن كان وثنيّاً أثبت له أحسن الديات وهي^(٤) دية المجوسي ؛ لأنه الأقل تحقيقاً للعصمة لأجل الحاجة إلى الأمان ، وإن كان مرتدّاً فلا دية في قتله ولكننا نمتنع عن^(٥) قتله في الحال ، مصلحةً كالنساء والذراري .

والزنديقُ الذي وُلِدَ كذلك متردّدٌ بين الوثني والمترد .

هذا كله فيمن بلغتهم الدعوة . وأما مَنْ لم تبلغهم دعوتنا ، قال القفال : يجب القصاص

على المسلم بقتلهم / لأنهم على الحق . ومنهم من قال : لا كفاة بين الدينين وإن كانا حَقَّيْن ؛ لأنه ١/٢٣٩ بقي خطأ^(٦) باعتبار جهله ، وهو الآن باطلٌ في نفسه فلا قصاص ، ولكن^(٧) تجب دية المسلم . ومنهم من قال : بل تجب دية أهل دينه إن كان يهوديّاً أو مجوسيّاً ؛ لأن منصب دينهم لا يَقْتضي إلا هذا القدر .

وإن لم تبلغهم أصلاً دعوة نبيّ ، قال القفال^(٨) : وجب القصاص ؛ لأنهم أهل الجنة . وقال

غيره : لا لعدم^(٩) أصل الدين ، ولكن في الدية وجهان :

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا تغليظ فيه على ما سيأتي » .

(٢) في (أ) : « ولا ذمة » بدون كلمة (لهم) . (٣) في (أ) ، (ب) : « وهو » .

(٤) في (أ) : « من » . (٥) في (أ) ، (ب) : « حقاً » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكنه » . (٧) في (أ) : « فقال القفال » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لعدمهم » .

أحدهما : دية المسلم ^(١).

والثاني ^(٢) : أخسُ الديات .

وإن كانوا متعلّقين بدين مُحرّف - كدين موسى (عليه السلام) بعد التحريف - فلا قصاص ، ويُحتمل إسقاط الضمان لعدم الذمة وعدم الدين الصحيح ، ويكون انكافأنا عنهم كانكافأنا عن النساء .
وأما الصابغون من النصارى والسامرة من اليهود إن كانوا معطلة دينهم ^(٣) فلا حُرْمَةٌ لهم ، وإن كانوا من أهل الفرق فلهم حكم دينهم .

وأما مَنْ أسلم ولم يهاجر ، فهو كالذي هاجر في القود والدية ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا عصمة إلا بالهجرة إلى دار الإسلام ^(٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والآخر » .

(٤) انظر إيثار الإنصاف ص (٢٤٤) .

(١) في (أ) : « دية مسلم » .

(٣) أي إن كانوا كفارًا بدينهم .

الباب الثاني

فيما دون النفس

(١) وهذه الجناية إما جرح يَشُقُّ^(١) أو قَطْعُ مُبِين ، أو ضَرْبٌ يُعْطِلُ منفعةً .

النوع الأول : في الجرح . وذلك إما على الوجه والرأس ، أو على^(٢) سائر البدن .

أما الرأس ، ففي الموضحة خمس من الإبل ، وهي كل ما تُوضِحُ العظم ، فإن صارت هاشمة^(٣) فعشر^(٤) من الإبل ، فإن صارت مُنْقَلَةً فخمسة عشرة^(٥) ، فإن صارت مأمومة^(٥) فثلث الدية .

أما الدامغة المذقفة ففيها كمال الدية . وفي الهاشمة - من غير إيضاح - خمس من الإبل ، وقيل : حكومة^(٦) ؛ لأن العشر في مقابلة الموضحة الهاشمة . ولو أوضح واحدٌ وهشم آخرٌ ،

(١) في (أ) ، (ب) : « وهو إما جرح يشق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإما على » .

(٣) الهشم : كَشْرُ الشيء اليابس والأجوف ، وهو مصدر ، ومنه « الهاشمة » وهي الشجة التي تهشم العظم . انظر المصباح المنير (٩٨٨/٢) . طلبة الطلبة ص (٣٣٥) .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) . والمنقّلة : يقال : نَقَلْتُهُ نَقْلًا : أي حوّلته من موضع إلى موضع . وانتقل : تحوّل . والاشم : الثّقلة . ونَقَلْتُهُ - بالتشديد - مبالغة وتكثير . ومنه « المنقّلة » وهي الشجة التي تخرج منها العظام ، ويقال : المنقّلة ، على صيغة اسم المفعول ، و « المنقّلة » على صيغة اسم الفاعل ، ويُقصد بها حينئذ الضربة نفسها ؛ لأنها تكسر العظم وتَنقُلُهُ من مكان إلى مكان . انظر : المصباح المنير (٩٦٣/٢) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٤) . (٥) أمّته : شجّه ، والاسم : أمّة ، على صيغة اسم الفاعل . وبعض العرب يقول : مأمومة ؛ لأن فيها معنى المفعولية في الأصل .

انظر : المصباح المنير (٣٨/١) مادة (أم م) . أنيس الفقهاء (٢٩٤) .

(٦) يقال : حكمت الرجل : أي فوضت إليه الحكم . والمقصود بالحكومة هنا ما لم يُحدّد له الشرعُ أرشًا مقدّرًا ، بل ترك أمره للقاضي ، والقاعدة فيه : أن ما لا قصاص فيه من الجنايات - على ما دون النفس - وليس له أرش مُقدّر : ففيه الحكومة ، وذلك ككسر كلّ عظم من البدن سوى الشنّ ، وتذّي الرجل ، أو لسان الأخرس ، أو ذكر الخصي أو العتّين .

وتَقَلُّ ثالثٌ وأَمُّ رابعٌ : فعلى كل واحدٍ خمسٌ من الإبل ، إلا على الأمّ فعليه التفاوتُ بين المنقُلة وأُرش المأمومة ، وهي ثمانية عشر بغيراً وثلاث بغير^(١) .

والتعويل - في هذه التقديرات - على النقل ، وقد نصَّ الشارع على بعضها ، وقيسَ بها البعض . فإذا قلنا : في الموضحة خمسٌ من الإبل عنيانا به نصفَ عُشْرِ الدية ، حتى ترعى هذه النسبة في المرأة والذمي والعبد .

وكل عظم على كرة الرأس فهو في محل الإيضاح وإن كان من الوجه ، كالجبهة والجبين والوجنة وقصبة الأنف واللحين ومن جانب القفا إلى الرقبة^(٢) . فأما العظمة الواصلة^(٣) بين عمود الرقبة وكرة الرأس ، ففيه ترددٌ .

فإن تعددت الموضحة على الرأس تعدد الأُرش ، فإن استوعب جميع الرأس بواحدة فالأُرش واحدٌ . فاتحاد^(٤) الموضحة بأن لا يختلف المحلُّ والصورة والحكم والفعل .

أما الصورة فأن تقع على الموضعين^(٥) . فإن^(٦) رفع الحاجز اتحد الأُرش ، وإن كان الرفع من غير الجاني لم يتحد . ولو كان الحاجز بين الموضعين الجلد دون اللحم - أو اللحم دون الجلد - فأربعة أوجه :

أحدها : أنه يتعدد ؛ إذ بقي حاجزٌ ما^(٧) .

والثاني : لا ؛ لأنه حصل نوعٌ من الاتحاد .

والثالث : اللحم حاجز دون الجلد ؛ لأنه المنطبق على العظم .

= ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة - من الشجاج - ليس له أُرْش مقدّر . وحكومة العدل تكون على الجاني ولا تتحملها العاقلة عنه . انظر المصباح المنير (٢٢٦/١) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٥) . الفقه الإسلامي (٦/٣٥٠، ٣٥١) .

(١) كلمة (بغير) ليست في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « والرقبة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فأما العظم الواصل » . (٤) في (أ) : « واتحاد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « موضعين » . (٦) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٧) في (أ) : « إذا بقي حاجز » بدون (ما) .

الرابع : الجلد حاجز ^(١) دون اللحم ؛ لأنه الساتر عن العين .

وأما تعدد المحل ، فبأنْ تخرج الموضحة الواحدة من الرأس إلى الجبهة ، أو من الجبهة إلى الوجه ^(٢) ، ففي تعدده ^(٣) وجهان [أحدهما : لا] ^(٤) لاختلاف اسم المحل ، ولا تتعدد بشمولها القذال والهامة ؛ إذ الكلُّ في حكم الرأس .

أما تعدد الفاعل بأن يُوسّع إنسانٌ موضحةً غيره ، فعلى كل واحدٍ أرشٌ وإن كانت الموضحة واحدة ^(٥) ، فإن جاء هو ووسّع موضحةً نفسه لم يزد الأرض على الصحيح .

أما تعدد الحكم ، فبأن يكون بعضُ الموضحة عمداً ، وبعضها خطأً ، أو بعضها حقاً قصاصاً والباقي عدواناً ، فيتعدد الحكم اعتباراً لاختلاف الحكم باختلاف المحل . فإن قلنا بالاتحاد فيكفي أرش واحد في العمد والخطأ ، وفي الزيادة على الاقتصاص لا بد من شيء لهذه الزيادة ، وهو أن يُوزّع الأرش على جملة الجراحة ويسقط ما يقابل الحق ويجب الباقي ؛ فإن اندراج الدية تحت القصاص غير ممكن .

أما المتلاحمة فواجبها حكومة . وفيه وجه : أنه يُقدّر ^(٦) بالنسبة إلى الموضحة ، ^(٧) وذلك بتقدير سَمَك اللحم ^(٨) .

الموضع الثاني : الجراحات في سائر البدن . وفي جميعها الحكومة إلا الجائفة ، ففيها ثلثُ الدية ، وهي كل واصله إلى جوف فيها ^(٩) قوة محله ^(١٠) ، كالبطن وداخل الصدر وإن لم تخرق الأمعاء والدماغ / وإن لم تخرق الخريطة وكذا المثانة وداخل الشرج من جهة العِجان ^(١١)

(١) في (أ) ، (ب) : « الحاجز » .

(٢) في (أ) : « الوجنة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ففي التعدد » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « فأن » .

(٦) كلمة (واحدة) ساقطة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « يتقدر » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وذلك يتقدر بسمك اللحم » .

(٩) في (أ) : « فيه » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « محيلة » .

(١١) العِجان : هو ما بين الخُصْيَةِ وحُلْقَةِ الدبر . انظر المصباح المنير (٦٠٤/٢) . روضة الطالبين (٢٦٥/٩) .

فأما ما ينتهي إلى داخل الإحليل والفم والأنف والأجفان إلى بيضة العين^(١) ، ففيه وجهان :

أحدهما : يتقدَّر ؛ لحصول اسم الجوف .

والثاني : لا ؛ لأن تقدير الجائفة لخطرها ، وهي جوف أُودِعَ فيه القوى المحيلة .

وداخل عظم الفخذ ليس بجوف وفاقًا .

وإن قلنا : لا يتقدر ، فلو كان^(٢) على الوجه^(٣) ونفذ في اللحم فأرُش متلاحمة^(٤) وزيادة شيء ؛ لصورة النفوذ . وإن نفذ في عظم الوجه^(٥) فأرُش مُثَقَّلة وزيادة .

فروع

الأول : لو ضرب بطنه بمشقص فجائفتان ، ولو ضربه بسنان فخرج^(٦) من بطنه إلى ظهره فوجهان :

الصحيح : أنهما جائفتان كالمشقص .

والثاني : لا ؛ لاتحاد الخارج والفعل .

الثاني : لو التحمت الجائفة لم يسقط الأرش كالموضحة ، بخلاف عَوْد السِّنِّ ، فإن التحام الموضحة لا بد منه ، وكذا في كل جراحة^(٧) لا تُشْري ، وفيه وجه قياساً على السِّنِّ ، ولا قائل به في الموضحة ، ويحتمل فيما إذا غرز إبرةً - فانضمَّ اللحم والتحم - أنْ نُقْضي بالسقوط .

الثالث : لو خاط الجائفة ، فجاء جانِبٌ^(٨) وقطع الخيْطُ : فعليه تعزيرٌ . فإن كان بعد الالتحام فأجاف في ذلك الموضع فعليه أرش كامل ، ولو لم يلتحم إلا الظاهر فليس عليه إلا حكومة . فلو أَدَّى قَتْلُهُ إلى انفتاق لحم تام حتى يُجِيفَهُ فعليه أرش كامل .

(١) في (أ) ، (ب) : « الأذن » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فلو كانت » .

(٣) في (أ) : « ونفذ إلى الفم فيجب فيه أرش متلاحمة » .

(٤) في (أ) : « الوجنة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فنفذ » . (٦) في (أ) : « جراحة » .

(٧) في الأصل : « جاني » .

فإن قيل : فما معنى ^(١)الحكومة ؟ قلنا : أن يُقدَّر المجني عليه عبدًا فُتُغَرَفَ قيمته دون الجناية ، فإذا قيل : عشرة ، فيَقْوَومَ مع الجناية ، فإذا قيل : تسعة ، فيقال : التفاوت العشر ، فيوجب بمثل ^(٢)نسبته من الدية ، وهذا بشرط أن لا تزيد حكومة جراح ^(٣)على مقدار الطرف المجروح ، فلا تزداد حكومة [جراحة] ^(٤)الأصبع على دية الأصبع ، ولا تزداد حكومة الكفّ والساعد وعظم العضد على دية الأصابع الخمس .

وهل تزداد حكومة كفّ على دية أصبع واحدة ؟ فيه وجهان .

فأما اليد الشلاء فيجوز أن نزيد حكومتها على أصبع ، ولا تزداد على يد صحيحة .

فروع ثلاثة في الحكومة

الأول : إنما تُقدَّر الحكومة بعد اندمال الجراحة ، فلو لم يوجد تفاوت ^(٥) - بأن التحم الجرح ^(٦) ولم يَتَقَّ شَيْئٌ - ففيه وجهان :

القياس : ^(٧) أن لا يجب شيء إلا تعزير كما في الضرب والصَّفْع ^(٨) .

والثاني : أن الجرح خطير ؛ فَتُقَدَّرُ الجراحةُ داميةً ، وتُقَدَّرُ الحكومة في تلك الحالة حتى يظهر التفاوت .

فإن لم يكن مخوفًا ولم يظهر التفاوت اضطررنا إلى إلحاقه بالضرب .

الثاني : إن ^(٩)قطع أصبعًا زائدة - أو سنًا شاغية ^(١٠) ، أو أفسد المنبت من لحية المرأة - وزادت القيمة : فالقياس أن لا يجب شيء ، ومنهم من قال : تقدر اللحية في عبد في أوان التزوين

(١) في (أ) : « ما معنى » . (٢) في (أ) ، (ب) : « مثل » .

(٣) في (أ) : « جراحة » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « تفاوتًا » . (٦) في (أ) ، (ب) : « التحمت الجراحة » .

(٧) في (أ) : « أنه لا يجب إلا التعزير كالضرب والصفع » .

(٨) في (أ) : « لو » .

(٩) السن الشاغية : هي التي زادت على الأسنان ، وخالف منبتها منبت غيرها ، ويقال للرجل - إذا كان

كذلك - : أشغى ، وللمرأة : شغواء . انظر المصباح المنير (٤٨٤/١) .

باللحية ، ^(١) ونأخذ تفاوتًا ^(١) ، ونؤجبه بعد نقصان شيء منه ؛ لأنَّ إلحاق المرأة بالعبد ظلمٌ ، والإنصاف أن هذا التقدير في أصله ظلم ، فلا ينبغي أنَّ يجب به ^(٢) إلا تعزيرٌ .

ولو قطع ذكر العبد أو أنثيه فزادت قيمته ، فالقياس ألا يجب شيء ، وفيه وجه : أنه يجب كمال القيمة ؛ لأن جراح العبد على القول المنصوص من قيمته كجراح الحر من ديته .

الثالث : إذا جرح ، فبقي حوالي الجرح شيئٌ ، فإن كانت الجراحة مقدرة كالموضحة استتبع ^(٣) حكومة الشئ كما تستتبع المتلاحمة حواليها ، ^(٤) وإن لم يكن مقدراً ^(٤) فالقياس أن لا تستتبع ، بل تجب حكومة الجرح والشئ جميعاً ، وظاهر النص : أنه يستتبع ؛ لأن الشئ تبعٌ للجراحة قائم به فإن كان حكومة الشئ أكثر لم يمكن الإتياع فنعتبره في نفسه ، فإن كان مثلاً احتمال وجهين على النص .

* * *

(١) في (أ) : « فأخذ منه تفاوتاً » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « استتبع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن لم تكن مقدرة » .

النوع الثاني من الجنايات القطع المبين للأعضاء

والنظر في ستة عشر عضوًا :

الأول : الأذنان ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما النصف ، وفي البعض البعض بالنسبة ، وفيه وجه : أنّ في الأذنين الحكومة ؛ إذ لا توقيف .

وليست في معنى اليدين ؛ إذ ليس يظهر فيهما منفعة ، ومن قَدَّر قال : فيهما منفعتان : إحداهما : جمع الأصوات .

والثانية : دَفْعُ الهوام من الديب إلى الصماخ ؛ ولذلك كَثُرَت التعريجات حتى يَنْتَبِه عند الديب .

فعلى هذا ، لو استحشفت الأذن ^(١) بجناية جانٍ ^(٢) وقَطَعَهَا آخَرُ ، فوجهان : أحدهما : أنّ على القاطع الدية ؛ لبقاء منفعة جَمْعِ الأصوات ، وعلى مَنْ أَبْطَلَ الحسَّ الحكومة . والثاني : أنّ على مُبْطِلِ الحس الدية ؛ لأنه أظهرُ المنافع ، وعلى القاطع بعده حكومة كقطع ^(٣) اليد الشلاء .

وأما أذنُ الأصم فتكمل فيه ^(٤) الدية ؛ لأنّ الخلل في محل السمع ^(٥) ، لا في صدفة الأذن .

العضو الثاني : العينان . وفيهما كمال الدية إذا قُتِمَتَا ، وفي إحداهما / النصف ، وفي ٢٤٠/ عين ^(٦) الأعورِ النصفُ ، وقال مالك (رحمه الله) : الكل ^(٧) .

(١) استحشاف الأذن : هو شللها ، فينعدم فيها الإحساس ، ومثلها شلل اليد . انظر روضة الطالبين (٢٧٢/٩) .

(٢) في الأصل : « جاني » . (٣) في (أ) ، (ب) : « قاطع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » . (٥) في (أ) : « السماع » .

(٦) في الأصل : « في العين » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر في مذهب مالك (رحمه الله) : الكافي في فقه أهل المدينة ص (٥٩٨) . الشرح الصغير على أقرب

المسالك (٣٥٦/٤) .

ويجب كمال الدية في الأخفش^(١) والأعمش^(٢)؛ لأنَّ ضَعْفَ البصر كضعف قوة اليد .

العضو الثالث : الأجفان . وفيهما كمال الدية ، وفي الواحد ربع الدية يستوي الأعلى والأسفل . فإن قطع البعض وتقلص الباقي لم تجب إلا بقدر المقطوع ، وتقديره^(٣) بالنسبة ما أمكن ، ولا عدول إلى الحكومة إلا بالضرورة .

وأما الأهداب ، فلو فسد^(٤) منابثها ، ففيها - وفي جميع الشعور - حكومة ، وكمل^(٥) أبو حنيفة (رحمة الله) الدية في خمس^(٦) من الشعور .

فرع : لو استأصل الأجفان اندرج^(٧) حكومة الأهداب تحته^(٨) على أظهر الوجهين ، وفيه وجه : [أنها]^(٩) لا تندرج ؛^(١٠) لأن في الأهداب منفعة^(١١) ؛ فإنها تشتبك فتمنع الغبار ولا تمنع نفوذ البصر ، فلا تندرج تحت غيره^(١٢) .

الرابع : الأنف . فإن أوعِبَ مَارئُهُ^(١٣) جدعًا ، ففيه كمال الدية ، والمارن ما لَانَ من الأنف فإن قطع شيئًا من رأس المارن وجب جزءًا بالنسبة . والأنف ثلاثُ طبقات ، ففي كل طبقة - إذا أُقِرِدَ - ثلثُ الدية . وقيل : يجب النصف من كل^(١٤) واحد من المنخرين .

وأما الحاجزُ بين المنخرين فهو تابع لا يفرد بثلث من الدية ، وفيه وجه : أنه تنسب الطبقات

(١) الحَفَش : هو صغر في العينين وضَعْف في البصر ، ويقال للذكر : أخفش ، وللأنثى : خفشاء . والحَفَش علة لازمة لصاحبه ، وصاحبه يصير بالليل أكثر من النهار ، ويصير في يوم الغيم دون يوم الصحو . انظر : المصباح المنير للفيومي (٢٧١/١) . روضة الطالبين (٢٧٢/٩) .

(٢) الأعمش : من يسيل دمعُه في أكثر الأوقات مع ضعف في البصر . انظر المصباح المنير (٦٥٨/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ونقدته » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أفسد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « خمسة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « تحتها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأن للأهداب منفعة » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « غيرها » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « في » .

(١٠) المارن : مالان من الأنف . انظر المصباح المنير (٨٧٨/٢) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « في » .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « في » .

(١٣) في (أ) ، (ب) : « في » .

إلى الجملة وتجب بحساب النسبة ، وذلك أيضًا يقرب [من] ^(١) الثلث .

وفي أنف الأخشم كمال الدية كما في أذن الأصم .

الخامس : الشفتان ، في كل واحدة منهما نصف الدية ، وقال مالك (رحمه الله) : في العليا الثلاثان ^(٢) .

ثم حدّ الشفة في عرض الوجه إلى الشدقين ، وفي طوله إلى محل الارتاق على وجهه ، وإلى الموضع الذي يستر عمود الأسنان على وجهه ، وهو أقل من الأول ، وما ينبو عند الانطباق على وجهه ، وهو أقل الدرجات ، وبه يُحد الشفران . وقيل : إنه إذا قُطِع من الأعلى ما لا ينطبق على الأسفل فقد استوفى الكلّ فهو الحدّ .

فلو قُطِع جزءًا من الشفة وَجِب بقدر نسبته إلى الكلّ ^(٣) ، وتقديرُ الكل بأن يُقدّر قوس طرفيه عند الشدقين ومجذبه عند الارتاق أو ما دونه على أحد الوجوه ، فما يحويه مقعر هذا القوس هو كل الشفة فلينسب إليه .

السادس : اللسان ، وفي لسان الناطق كمال الدية ، وفي الأخرس حكومة ، وفي الصبي الذي لم ينطق كمال الدية إن ظهرت أمارَةُ القدرة بالتحريك والبكاء .

ويجب بقطعه القصاصُ ، وإن قطع كما ولد - ولم تظهر أمارَةُ - فحكومة ؛ إذ لم تُتيقَّن القدرة ، اتَّفَقَ عليه الأصحابُ ، ولو قيل : الأصلُ السلامةُ ، لم يَتَّعَد .

السابع : الأسنان ، وفي كل سنٍّ مما هنالك خمسٌ من الإبل إذا كانت تامة أصليةً مشغورةً غير متقلقلة بالهرم .

احترزنا « بالأصلية » عن السن الشاغية ، وفيها حكومة . ولو قلع سنّه وردَّ إليه سنًا من ذهب

(١) زيادة من (أ) ، (ب)

(٢) انظر القوانين الفقهية ص (٣٥٦) فقد ذكر أن في إحدي الشفتين نصف الدية فقط لا كما ذكر الغزالي (رحمه الله) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من الكل » .

فتشبت به اللحم وتهياً للمضغ فليس في قلعه أرش ، وفيه حكومة - على أحد القولين - لصالحه للمضغ .

واحترزنا « بالتامة » عن قلع ^(١) البعض ؛ إذ يجب به بعض الأرض بحسب النسبة .

وهل يدخل السنخ ^(٢) في حساب النسبة ؟ فيه وجهان يطردان ^(٣) في أن الدية تكمل في الحشفة وحلمتي الثدي والمارن ، ولا يزيد باستئصال الذكر والثدين وقصبة الأنف ، بل نسبتها ^(٤) إليه كنسبة الكف إلى الأصابع . ولكن إذا قطع بعض الحشفة وبعض المارن ، فهل يدخل الباقي في حساب النسبة ؟ فيه وجهان .

وفي هذه المسائل وجه آخر ^(٥) : أنه إذا استأصل تزيد نسبتها حكومة ، فإذا قلع سنأفي قدر الباقي ^(٦) البادي دية ، وفي السنخ حكومة ، وهذا في قصبة المارن أظهر منه في السن .

فإن فرعنا على الاندراج ^(٧) - وهو الصحيح - فهل يندرج ^(٨) السنخ تحت نصف السن فيما إذا قطع إنسان بعض السن ، وجاء آخر وقطع الباقي من السنخ ؟ ففيما يجب على الثاني وجهان :

أحدهما : النصف ؛ إدراجاً للسنخ .

والثاني : النصف والحكومة ؛ لأن السنخ يندرج تحت الكل .

وهو ^(٩) يلتفت على أن الكف ^(١٠) ، هل يندرج تحت بعض الأصابع ؟ .

(١) في (أ) ، (ب) : « قطع » .

(٢) السنخ من كل شيء : أصله ، والجمع أسناخ . وأسناخ الثنايا : أصولها . انظر المصباح (١ / ٤٤٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مطردان » .

(٤) في (أ) : « بل تشب » .

(٥) كلمة : (آخر) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) كلمة : (الباقي) ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الإدراج » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يدرج » .

(٩) في (أ) : « وهذا » .

(١٠) في (أ) : « الكل » .

واحترزنا « بالمتغورة » عن سنّ الصبي ، فإنها فضلة ، ^(١) فليس في قلعها إلا حكومة عند إبقاء شئ ^(٢) كما في خلق شعره . فإن قسد المنبت وجب القصاص أو الأرض . ولو مات قبل ظهور فساد المنبت ، ففي وجوب الأرض وجهان لتقابل الأصلين ؛ إذ الأصل براءة الذمة من جانبه ، والأصل عدم عود السنّ من الجانب الآخر .

وأما المتغور إذا عاد سنّه - نادراً - ففي / استرداد الأرض قولان : ٢٤٠ ب

أحدهما : لا ؛ لأنّ هذا نعمة جديدة عادت ^(٣) فهي كالموضحة إذا التحمت بنبات لحم جديد .

والثاني : نعم ؛ لأنّ متعلّق الأرض هاهنا فساد المنبت مع القلع وقد بانّ أنه لم يفسد . واختار المزني (رحمه الله) أنه لا يشتد ، واستشهد بأنّ التوقف غيّر واجب في الأرض ^(٤) كما لو قلع بعض أسنانه فنبت ^(٥) . ومن أصحابنا من طرد الخلاف في اللسان ، ومنهم من فرق ؛ لأنّ ذلك لحم جديد نبت من الغذاء ، ^(٦) وهاهنا السنّ نبت ^(٧) من مادة أصلية لم يصير مستوفياً بالقلع ، فإنها إن ^(٨) استوفيت ، فالغذاء ^(٩) لا يستحيل إلى العظم ^(١٠) ابتداء وإن كان يغذي العظم .

وأما التوقف ، فمنهم من أوجب ، ومنهم من اعتذر بالبناء على الغالب . واحترزنا « بالتقلقل » عن الشيخ الهيم ^(١١) إذا أشرف ^(١٢) سنّه على السقوط ، فإن كان الظاهر أنه ^(١٣) لا يسقط ، فلا يؤثر كضعف الأعضاء ، وإن غلب على الظن أنه ^(١٤) إلى السقوط مائلة ^(١٥) .

(١) في (أ) : « فليس في قلعها حكومة إلا عند إبقاء شئ » .

(٢) قوله : « عادت » ساقط من (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) : « كما لو قطع بعض لسانه فنبت » .

(٤) في (أ) : « وهاهنا نبت » . (٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) في (أ) : « لا يستحيل عظماً » .

(٧) في (أ) : « الشيخ الهرم » . والهم : بكسر الهاء ، هو الشيخ الفاني . ويقال للأثنى : همّة . والهرم : هو الشيخ الكبير الضعيف . والجمع هزمى . انظر المصباح المنير (٢ / ٩٨٦ ، ٩٩٢) .

(٨) في (أ) : « أشرفت » . (٩) في (أ) : « أنها » .

(١٠) في (أ) : « إلى السقوط أقرب » .

فقولان :

أحدها : أنه يجب كمالُ الأَرش ؛ كما إذا قتل مريضًا مُشْرِفًا على الهلاك .

والثاني : لا ؛ لأن الشرع أسقط أَرش السِّنِّ الضعيف بدليل الصَّبِيِّ .

فرع : الأسنان من الحلقة المعتدلة اثنان وثلاثون ، فلو اقتلها بجناية واحدة ، ففي الواجب

قولان :

أحدهما : مائة وستون من الإبل ^(١) ؛ لقوله ﷺ : « في كل سنٍّ خمسٌ من الإبل » ^(٢) .

والثاني : أنه لا يزيد على مائة من الإبل إذا جُمِعَ الكلُّ ؛ لأنه جنس واحد فيضاهي ^(٣) سائر أجناس الأعضاء .

ثم شَرَطَ هذا القول اتحادَ الجاني والجناية ، فلو اقتلع عشرين ، واقتلع غيره الباقي وجب في

كل سنٍّ خمسٌ من الإبل ، وكذلك ^(٤) إذا اقتلع هو واحدًا ^(٥) بعد أخرى إذا تخلل الاندمالُ ، وإن كان على التعاقب فطريقان :

منهم مَنْ قال : هو اتحادٌ ، كالضرب الواحد المشقِّط للكلِّ .

ومنهم مَنْ قال : هو تعدد .

الثامن : اللحيان ^(٦) . وفيهما كمالُ الدية ، وفي أحدهما النصف . ولو كان عليهما

الأسنان لم تندرج دية الأسنان تحت دية اللحيين على الأظهر ، والثاني : أنه ^(٧) تندرج ؛ لأنه ^(٨)

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٢٨١ / ٩) .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه (٦٩١ / ٤) (٣٣) كتاب « الديات » (٢٠) باب « ديات الأعضاء » حديث (٤٥٦٢) بإسناده مرفوعًا « في الأسنان خمسٌ ، خمسٌ » ورواه النسائي (٥٥ / ٨) كتاب « القسامة » باب « عَقْلُ الأسنان » . ورواه البيهقي في سننه الكبرى (٨٩ / ٨) جميعًا من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « فضاهي » .

(٤) في (أ) : « وكذا » . (٥) في (أ) : « واحدة » .

(٦) وهما العظمان اللذان عليهما منبثُ الأسنان السفلى ، ومثلثاهما الذقن . انظر الروضة (٢٨٢ / ٩) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » . (٨) في (أ) : « لأنها » .

مركب الأسنان ، وكلاهما لغرض واحد كالکف مع الأصابع .

التاسع : الیدان . وفيهما كمالُ الدية إذا قُطِعَتَا من الكوعين ، وكذا إن لقط الأصابع فحكومةُ الكفِّ مندرجةٌ قولاً واحداً . والساعد والعضد لا يندرج ، بل لهما حكومة .
وفي كل أصبع عشرٌ من الإبل من غير تفاضلٍ ، وفي كل أتملة ثلث العشر ، إلا في الإبهام ، فإنها ^(١) أتملتان ، ففي إحداهما نصف الأرض ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ثلث الأرض ، وجعل الأتملة الغائصة محسوبة من الأصبع .

ولو كان على معصم كفان باطشان ، ففي الأصلية نصفُ الدية ، وفي الزائدة حكومة . فإن كانت إحداهما منحرقةً عن الساعد أو ناقصةً بأصبع أو ضعيفةً البطش : فهي الزائدة ، وإن كانت المنحرقة أقوى بطشاً فهي الأصلية ، والنظر إلى البطش أولى .

والتي عليها أصبع زائدة ، فهل يُحكم عليها بأنها زائدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ^(٢) ؛ لأن الزائدة على الكمال نقصانٌ .

والثاني : لا ؛ إذ لا يعد وقوع ذلك على الأصلية كما خرجت اليدُ الزائدة من الساعد الأصلي .

وإن تساوتَا من كل وجه ، فمن قطعهما فعليه قصاصٌ وحكومة ، أو ديةٌ [يد] ^(٣) وحكومة ، وإن قطع إحداهما فلا قصاصٌ ؛ لاحتمالِ أنها زائدة ، وتجب نصف دية اليد وزيادة حكومة ؛ لأنه ^(٤) نصفٌ في صورة الكل .

هذا ما قيل ، وجعله ^(٥) نصفاً - مع الاحتمال لكونها زائدة - مشكلاً .

فرع : لو قطع اليد الباطشة ^(٦) وأوجبت دية [اليد] ^(٧) فاشتدت اليدُ الأخرى بهذا القطع

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنه » .

(٢) ساقطة من (أ) .

(٣) زائدة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « لأنها » .

(٥) في (أ) : « وجعلها » .

(٦) في (أ) : « الزائدة » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

وبطشت بَطَشَ الأصلية : ففي استرداد الأرض المبذول ورَّدهُ إلى قدر الحكومة وجهان :
أحدهما : أنه ^(١) يُسترد ؛ فإنَّ هذه صارت أصليةً ، ولا يُتَصَوَّرُ أصليتان على معصم .
والثاني : لا ؛ لأن هذه نعمةٌ جديدة ، وله التفاتٌ على ^(٢) على عَوْدِ السَّنِّ .

العاشر : الترقوة والضلع . ^(٣) وفي كسر كل ضلع جَمَلٌ ^(٣) ، وكذا الترقوة ، قاله الشافعي (رضي الله عنه) تقليدًا لعمر (رضوان الله عليه) . وقال في موضع آخر : فيهما حكومة . وقال المزني (رحمه الله) : قولان . ومنهم مَنْ قطع بالحكومة قياسًا ، وحمل مذهب عمر (رضي الله عنه) على حكومة بلغت عَشْرَ العشر ، وهو جمل . ومنهم من قال : تقدير الحكومة تخمينٌ من القاضي ، فتخمينٌ (عمر رضي الله عنه) أولى على الإطلاق بالتقليد .

الحادي عشر : الحلمتان من المرأة مضمونة بكمال ديتها ، وهو ما يلتقمه الصبي ، ^(٤) وهو لا يزيد ^(٤) باستئصال الثدي ، وقيل : تزيد حكومة .

وفي حلمتي الرجل قولان ، المنصوصُ : أنَّ فيهما حكومة ؛ إذ ليس لهما ^(٥) منفعةٌ دُرُورِ اللبن . وفيه قول مخَرَجٌ : أنَّ فيهما الدية / كحلمتي العجوز .
١/٢٤١

الثاني عشر : الذكر والأنثيان ، وفيهما ديتان ، وتكمل الدية في ذكر الخصيِّ والعَيْنِ ، ولا تكمل في ذكر الأشل . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : في ذكر الخصيِّ حكومةٌ .

وإذا قطعهما : فإنَّ ابتداءً بالذكر ، فعليه [عنده] ^(٦) ديتان . فإنَّ ابتداءً بالأنثيين ، فعليه عنده حكومةٌ وديةٌ ؛ لأنَّ إخصاءه ^(٧) أوَّلاً بقطع الأنثيين ، ثم ^(٨) تكمل الدية بقطع الحشفة .

الثالث عشر : الأليتان . وفي قطع ما أَشْرَفَ منهما على البدن كمالُ الدية وإن لم يقرع العظم ، وفي إحداهما النصف ، ولا يخفى منفعتهما في الركوب والقعود ^(٩) .

(١) في (أ) : « أنها » . (٢) في (أ) : « إلى » .

(٣) في (أ) : « وفي كل ضلع جمل » . (٤) في (أ) : « فلا يزيد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فيهما » . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « الإخصاء » . (٨) في (أ) : « فلم » .

(٩) في (أ) : « الصعود » وهو خطأ واضح .

الرابع عشر : الشفران من المرأة فيهما كمالُ الدية ، وهما حَرْفَا الفرج المنطبقان على المنفذ على نتوء ، فالقدر الباقي هو كمال الشفر .

الخامس عشر : الرَّجْلَان ، وهما كاليدَيْن ^(١) . وَرَجْلُ الْأَعْرَجِ كَرَجْلِ الصَّحِيحِ ؛ إِذَا الْخُلِّلُ فِي الْحَقْوِ لَا فِي الرَّجْلِ .

وَرَجْلٌ مَنِ امْتَنَعَ مَشْيُهُ بِكَسْرِ الْفَقَارِ ، قَالَ الْقِفَالُ ^(٢) : كَالصَّحِيحِ ، وَفِيهِ وَجْهٌ : أَنَّ تَعَطُّلَ الْمَشِيِّ كَرْوَالَهُ .

وفي التقاط أصابع الرَّجْلِ كمالُ الدية مع أَنَّ أعظم المنافع - وهو أصل المشي - باقي .
السادس عشر : الجِلْد ، ولو سلخ جميع جلده ففيه دية ؛ لأنَّ الجِلْدَ أُعِدَّ لْغَرَضٍ وَاحِدٍ ، فَهُوَ جَنْسٌ ، وَسَلَخُ جَمِيعِهِ قَاتِلٌ ، وَلَكِنْ قَدْ يَبْقَى بَعْدَهُ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ فَتُظْهَرُ فَائِدَتُهُ إِذَا حُرِّثَ بَعْدَهُ رَقَبَتُهُ .

* * *

(١) قوله : « قال القفال » ساقط من (أ) .

(١) في الأصل : « كاليدان » .

النوع الثالث من الجنايات ما يُقَوِّت اللطائف والمنافع

(١) والنظر في اثنتي عشرة منفعة (١) :

الأولى : العقل : فإذا ضرب رأسه فأزال عَقْلَهُ ، فعليه كمال الدية . ولو قطع يديه فأزال عقله (٢) فَتَصُّ الشافعي (رضي الله عنه) يُشير إلى دية واحدة . وهو بعيد ؛ إذ ليس العقل في اليد . ولو قطع أذنيه فأزال سمعه (٣) فديتان ؛ لأن محل السمع غَيْرُ محل القطع فهي أولى (٤) ، ولا يمكن أن يُقال : نُزِّلَ العقل منزلة الروح فأُدرج تحت دية اليد ؛ لأنه إذا قطع يديه ورجليه فزال عقله ، فعليه ديتان قولاً واحداً . ولعل وجهه : أنَّ العقل لا يُضَاف إلى محل من البدن ، فنسبته إلى الكل على وتيرة ، فيندرج تحت كل عضوٍ تكمل فيه الدية .

فرع : لو أنكر الجاني زوال عقله ونسبه إلى التجائن : راقبناه في خلواته ، فإن لم تنضبط أحواله أوجبنا الدية ، ولا نُخلفه ؛ لأننا إذا طلبنا منه اليمين أجابنا عن موضع آخر مُتَجَانِثًا كان أو مجنوناً .

الثانية : السمع . وفيه كمال الدية ، وفي إبطاله في (٥) أحدهما نصف الدية ، وفيه وجه : أنَّ الواجب حكومة ؛ لأنَّ محلَّ السمع واحدٌ ، وإنما المشتبه مُتَّفَقُهُ ، وهو ضعيف ؛ إذ كيفما كان ، فضبطُ النسبة بالمنفذ أولى من ضبطه بغيره (٦) .

فلو كَذَّبَ الجاني غَافِضُنَاهُ (٧) بصوت مُنْكَرٍ ، فإن اضطرب بآن كَذِبُهُ ، وإن ثبت حلفناه ؛ إذ ربما يتماسك تَكْلُفًا . فلو قال الجاني : حلفوني ؛ فإن الأصل بقاء السمع ، قلنا : لو فُتِحَ هذا الباب

(١) في (أ) ، (ب) : « والنظر في خمسة عشر منافع » ، وفي الأصل : « والنظر في اثني عشر منفعة » . وكلاهما غير صواب لغةً .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فذهب عقله » . (٣) في (أ) : « فزال سَمْعُهُ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فهذا أولى » . (٥) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٦) في (أ) : « من ضبطها بغيره » .

(٧) غافضت فلاناً : إذا فاجأته وأخذته على غرة منه . ويقال : أخذت الشيء مُغَافِصَةً أي : مغالبةً . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٩٠) .

لم يَغْجَزْ مَنْ يَسْتَجِيزُ الْجَنَایَةَ عَنِ الْحَلْفِ ، وَجَرِیَانُ الْجَنَایَةِ سَبَبٌ مُظْهِرٌ لْجَانِبِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَتَصْدِيقُهُ أُولَى .

فرعان

الأول : لو قال المجني عليه ^(١) : نَقَصَ سَمْعِي وَلَمْ يَزُلْ ، وَجِبَ أَرَشُ النِّقْصَانِ وَقُدِّرَ بِالمَسَافَةِ ، وَطَرِيقُهُ : أَنْ يَجْلِسَ بِجَنْبِهِ مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ سِنَّتِهِ وَصَحْتِهِ ، وَيَعِدُّ عَنْهُمَا وَاحِدًا وَيَرْفَعُ الصَّوْتَ ، فَلَا ^(٢) يَزَالُ يَقْرُبُ إِلَى أَنْ يَقُولَ السَّلِيمُ ^(٣) : سَمِعْتُ ، ثُمَّ يُدِيمُ ذَلِكَ الْحَدَّ فِي الصَّوْتِ وَيَقْرُبُ إِلَى أَنْ يَقُولَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ : سَمِعْتُ ، فَإِنْ سَمِعَ عَلَى النِّصْفِ مِنْ تِلْكَ الْمَسَافَةِ ، فَقَدْ نَقَصَ نِصْفُ السَّمْعِ ^(٤) . فَإِنْ قَالَ الْجَانِي : سَمِعَ مِنْ قَبْلِ ، حَلَفْنَا الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ .

ولو قال : لَسْتُ أَسْمَعُ مِنْ إِحْدَى أُذُنَيَّ ، فامْتَحَانُهُ : أَنْ تَصْمُ الْأُذُنَ الثَّانِيَةَ ، وَيُصَاحَ بِهِ صَبِيحَةً مَنْكَرَةً .

الثاني : لو قال أهل الصنعة : لطيفة السمع باقية ، لكن ^(٥) وقع في المنفذ الارتقاق ، ففي كمال الدية وجهان :

أحدهما : أَنَّ تَعَطُّلَ الْمُنْفَعَةِ ، هَلْ هُوَ كَزَوَالِهَا ؟ ، وَيَجْرِي فِيهَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُ الصَّبِيِّ فَتَعَطَّلَ نَطْقُهُ - أَوْ ضُرِبَ صَلْبُهُ فَتَعَطَّلَ رِجْلُهُ - ففي تعدد الدية في نظائر ذلك خلافٌ .

الثالثة : البصر . وفي إبطالها ^(٦) مع بقاء الحدقة كمال الدية ، يشتوي فيه الأخفش والأعمش وَمَنْ عَلَى حَدَقَتِهِ بَيَاضٌ لَا يَمْنَعُ أَصْلَ الْبَصَرِ ، ثُمَّ يُمْتَحَنُ عِنْدَ دَعْوَى الْعَمَى بِتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ مُغَافَصَةً ، وَإِنْ ادَّعَى النِّقْصَانُ ^(٧) امْتَحِنَ كَمَا فِي السَّمْعِ .

الرابعة : الشم . وفي إبطاله كمال الدية . ويجرب بالروائح المنتنة الحادة . فإن ادَّعَى

(١) قوله : (المجني عليه) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولا يزال » . (٣) في (أ) : « المجني عليه » وهو خطأ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « نصف سَمْعِهِ » . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولكن » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وفي إبطاله » . (٧) كلمة : (النقصان) ساقطة من (أ) .

النقصان ، فامتحن ذلك عسيرٌ ؛ فيكتفى باليمين . وقيل : إن الشم لا تكمل فيه الدية ؛ لأن التأذي به مع كثرة الأثتان أكثر من التلذذ به مع قلة الطيب . وهذا هوس ؛ إذ هو طليعة كسائر الخواس .

الخامسة : النطق . وفي إبطاله عن اللسان كمال الدية وإن بقي حاسة الذوق والإعانة على / ٢٤١ / أ
المضغ والحروف الشفهية والحلقية ؛ لأن الذي بطل جزء مقصود برأسه . فإن ^(١) ذهب بعض الكلام ، فأقرب معيار فيه الحروف ، وهي ثمانية وعشرون متساوية في الاعتبار . وقال الإصطخري : لا تدخل الشفوية والحلقية في التوزيع .

فرعان

الأول : لو كان لا يُحسِن بعض الحروف ، فهل يؤثر في نقصان الدية ، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه يرجع إلى ضعف النطق ، فهو كضعف البطش .

والثاني : نعم ؛ لأن البطش لا يتقدّر ، والحروف صارت مقدرة للنطق بنوع من التقريب .

فإن قلنا : يُحطّ ^(٢) ، فلو كان يُقدّر على الإعراب عن جميع مقاصده بتلك الحروف لغزارة

فضله ، ففي الحطّ خلافٌ ، والظاهر : أنه يُحطّ . أما ^(٣) إذا كان نقصان الحروف بجناية جانٍ فالحطّ أولى .

والقول الضابط في الفرق بين النقصان بجناية أو آفة : أنّ المفوّت جرمٌ أو منفعة ؟ فكل جرم

مقدّر ، فنقصان بعضه مؤثّر ، سواء كان بجناية أو آفة كسقوط بعض السنّ وبعض الأتمة

وانشقاق لحم الرأس إلى حد المتلاحة . وما لا يتقدّر - كفلقة من الأتمة - فسقوطها لا ينقص ،

كانت بأفة سماوية أو جنائية - أبقي ^(٤) شيئاً أو لم تُبقي - مهما لم ينقص البطش ؛ لأن الزينة

ليست من خاصية ^(٥) هذا العضو .

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٢) يعني يُحطّ من ديته بسبب عدم إحسانه لبعض الحروف أصلاً قبل الجنائية .

(٣) في (أ) : « وأما » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « خاصة » .

(٤) في (أ) : « أبقت » .

وأما نقصان المنفعة التي لا تتقدّر : إن كانت بأفة سماوية لم ينقص ، وإن كانت يجناية -
وجميع جرم العضو باقي - فثلاثة أوجه :
أحدها : لا يعتبر ؛ كالأفة .

والثاني : نعم ؛ لأن الآفات لا تنضبط ، والجناية تنضبط كما في القروح والجراحات .
والثالث : أن الآخر إن قطع العضو لم يعتبر النقصان في حقه ، وإن أبطل بقية البطش حطّ
عنه ما وجب على الأول ؛ لأنهما جنايتان متناسبتان من وجه واحد . وإنما يظهر الخلاف في
نقصان الحروف ؛ لأنها كالمقدرة للنطق .

الفرع الثاني : لو قطع بعض لسانه فأبطل كل كلامه ، فعليه الدية . ولو أبطل بعض كلامه
وتساوت نسبة الجرم والحروف - بأن قطع نصف الجرم ، وزال ^(١) نصف الكلام - فعليه نصف
الدية ، وإن تفاوتت ^(٢) النسبة فنأخذ بأكثر الشهادتين ؛ لأن كل واحد من الحروف والجرم مبيّن
مقدار الزائل من القوة النطقية ^(٣) التي لا يتقدر تحقيقها بنوع من التقريب ؛ فنأخذ أكثر ^(٤) الشهادتين .
فإن قطع ربع اللسان فزال ^(٥) نصف الحروف : فعليه النصف .

وإن قطع نصف اللسان فزال ربع الحروف : فعليه النصف . وقال أبو إسحاق : النظر إلى
الجرم . ولكن إذا قطع ربع اللسان فزال نصف الكلام ، فكأنه أشل ربعاً من الباقي ، فتظهر فائدة
العبارتين فيمن اقتلع الباقي فإنه لو قطع ربع لسانه وذهب نصف كلامه فاستأصل غيره باقي
اللسان : فعليه ثلاثة أرباع الدية ؛ نظرًا إلى الأكثر عند الأصحاب ، وعند أبي إسحاق : عليه
نصف الدية وحكومة ربع أشل .

^(٦) ولو قطع ربع اللسان فأذهب ^(٦) ربع الكلام فأوجبنا النصف ، فجاء الثاني واستأصل :

(١) في (أ) : « فزال » . (٢) في (أ) : « تفاوت » .

(٣) في الأصل : « والنطقية » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « بأكثر » . (٥) في (أ) ، (ب) : « وزال » .

(٦) في (أ) : « ولو قطع نصف اللسان فذهب » .

وجب عليه ثلاثة أرباع الدية ؛ نظراً إلى الأكثر ، وعند [الشيخ] ^(١) أبي اسحاق (رحمه الله) :
نصف الدية ؛ نظراً إلى الجرم .

وأما إذا قطع فلفة ^(٢) من لسانه ، ولم يذهب شيئاً ^(٣) من الكلام : فلا شيء ؛ لأن القوة إذا
نقصت رجعنا إلى الشهادتين ورجعنا ، وإذا لم ينقص فليس إلا حكومة كلسان الأخرس .
المنفعة السادسة : الصوت . وفي إبطاله كل الدية ، وإن بطل ^(٤) معه حركة اللسان
فديتان . وفيه وجه : أن الواجب دية واحدة ؛ لأن مقصود الصوت النطق .

وإن قلنا : ديتان ، فلو كان ^(٥) حركة اللسان ناقصة ، فقد تعطل النطق ولم يزل : ففيه
الخلاف السابق .

السابعة : الذوق . وفيه كمال الدية ؛ لأنه أحد الحواس الخمسة ، ويجزئ عند النزاع
بالأشياء المرة المقررة .

الثامنة : منفعة المضغ . وفيها كمال الدية ، وفوائدها بأن يتصلب مغرس اللحين فلا يتحرك
بانخفاض وارتفاع ولا يحيا صاحبه إلا بالحسوة والإيجار ^(٦) .

فرع : لو جنى على سته فاسود ولم يمكن المضغ به : وجب كمال الأرش ، فإن لم يكن إلا
مجرد السواد ففيه حكومة ؛ لأنه إزالة جمال محض .

التاسعة : قوة الإماء والإحبال به . فإذا أبطل ^(٧) بجناية على صلبه ، وجب كمال
الدية . ولو جنى على تذي امرأة وأبطل ^(٨) منفعة الإرضاع ، قال القاضي (رحمه الله) : فيه
حكومة ؛ لأن منفعة الإرضاع تطرأ وتزول ، بخلاف قوة منفعة المنى / فإنها ثابتة [قال الإمام : ٢٤٢

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) : « قطعة » .

(٣) في (أ) : « ولم يذهب شيء » . (٤) في (أ) ، (ب) : « وإن أبطل » .

(٥) في (أ) : « فلو كانت » .

(٦) الإيجار : هو صب السوائل في الحلق . انظر المصباح المنير (١٠٠٤ / ٢) .

(٧) في (أ) : « بطل » . (٨) في (أ) ، (ب) : « فأبطل » .

ويحتمل خلافه ؛ لأنه مقصود في نفسه وإن كان يطرأ ^(١) .

العاشرة : منفعة المشي والبطش . وفيهما كمال الدية . ولو ضرب صلبه فبطل مشيه وجب كمال الدية . ولو قطع رجله ففي كمال الدية فيه خلاف ؛ لأنها صحيحة في نفسها ^(٢) وأنها تعطل ^(٣) بجناية على غيرها . ولو ضرب صلبه فبطل مشيه ومنيه ، ففي الاندراج خلاف من حيث إن الصلب محل المني ومبدأ الحركة للمشي ، فاقضى اتحاداً بينهما من وجه .

الحادية عشرة : إذا بطل ^(٤) شهوة الجماع من غير شلل في الذكر ولا انقطاع في المني : لم يبعد تكميل الدية ؛ لانقطاع إحساسه باللذة ، ^(٥) وكذا إذا بطل ^(٦) شهوة الطعام ^(٧) إن أمكن ، وكذا لو ضرب عنقه فارتقت منفذ الطعام ^(٨) وجب كمال الدية ، إذ تبقى حياة مستقرة ، فإذا حَزَّ غيره رقبته كملت الدية على الأول .

الثانية عشرة : ^(٩) إذا أفضى ثيباً كان أو بكرًا : عليه ديتها ^(١٠) ، ومعنى هذا أن يتَّحَدَ مسلكُ الجماع والغائط أو مسلكُ الجماع والبول ، ولا يندرج المهر تحتها لاختلاف مأخذهما .

ويجب على الزاني والزوج ^(١١) ؛ لأن الزوج لا يستحق إلا وطأً لا يُوجب الإفضاء . فإن كان لا يحتمل إلا بالإفضاء - لضيق المنفذ ، أو كِبَرِ الآلة - لم يستحق الوطء ، ونُزِلَ الضيقُ من جانبها منزلة الرَّتَقِ إن خالف العادة ، والكِبَرُ من جانبهِ يُنَزَّلُ ^(١٢) منزلة الجَبِّ في إثبات الفسخ . ولو انتزع بكراً على كرهه لزمه مَهْرُ المثل وأرْشُ البكارة ، وقيل : إذا أوجبنا مَهْرَ مثل بكرٍ ، فقد قضينا حقَّ البكارة .

والإفضاء بالخشبة والأصبع موجبٌ للدية . ولو أزال الزوج بكارة زوجته بالأصبع لم يجب ^(١٣) أرش البكارة ؛ لأنه مُسْتَحَقٌّ ، وقيل : يجب ؛ لعدوله عن طريق الاستحقاق .

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وإنما تعطلت » .

(٣) في (أ) : « إذا بطلت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذلك إذا بطلت » .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٦) في (أ) : « إذا أفضى بتناً كان عليه ديتها » .

(٧) يعني يجب على الزاني والزوج دية الإفضاء .

(٨) قوله : (ينزل) ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « لا يجب » .

هذا حكم الأطراف إذا أُفردت أو جُمعت من غير سرية ، فَيَتَصَوَّرُ أن يجب في شخص واحد قريب من عشرين دية ، ولو مات بالسرية عاد إلى دية واحدة . ولو حَزَّ الجاني رقبته ، فالنص : أنه يتداخل . وخرَج ابن سريج أنه لا يتداخل كما لو تعدد الجاني .

فإن ^(١) اختلف حكم الجناية ، بأن قَطَعَ خطأ وحَزَّ عمدًا - أو على العكس - فقولان منصوصان ؛ لأن تغاير الوصف يُضَاهِي تغاير الجاني .

فإن قلنا بالتداخل : فإن قَطَعَ يدًا خطأ وقتل عمدًا ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : [إنه] ^(٢) تجب دية واحدة ، نصفُها على الجاني مغلظةً ، ونصفُها على العاقلة مُحَقَّفةً ، وكأنه جعل الحَزَّ كجناية أخرى تَمَّتْ سريةً الأولى . ومن الأصحاب مَنْ خالف النص وقال : تجب دية مُغلَّظة ؛ إذ حَزَّ الرقبة يُطِل أثر ما سبق .

هذا حكم أطراف الحر الذكر . أما الرقيق فنص الشافعي (رضي الله عنه) أن جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته استحسانًا ؛ لقول سعيد بن المسيب (رضي الله عنه) . وخرَج ابن سريج قولاً : أن الواجب قَدْرُ النقصان كما أن الواجب في الجملة قدر القيمة ، وكما نص على قول في أنه لا تُضْرَب على العاقلة بدله ، ولا تجري القسامة فيه إلحاقاً له بالبهائم .

فإن قُطِعَ إلحاقة بالحر في القصاص والكفارة ، فلو قطع ذكره وأثيبه فزادت قيمته فيجب - على النص - قيمتان ، وعلى التخريج : لا يجب شيء كما في البهيمة .

وأما المرأة ، فترعى ^(٣) نسبة أطرافها إلى ديتها ، وفيها قول قديم ^(٤) : أنها تُعَاقل الرجل إلى ثلث ديته - أي تساويها ^(٥) - فإن جاوزت الثلث رُدَّ ^(٦) إلى قياس ديتها ، ^(٧) ففي ثلث أصابعها ^(٧) ثلاثون من الإبل . وفي أربع ، لو أوجبنا أربعين لجاوزنا ثلث الدية ؛ فنرجع إلى نسبة ديتها فنوجب عشرين ، وهو بعيدٌ مرجوحٌ عنه .

* * *

(١) في (أ) : « فلو » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب)

(٣) في (أ) : « فتراعى » . (٤) في (أ) ، (ب) : « مخرج »

(٥) في (أ) رأي تساويه . (٦) في (أ) ، (ب) : « رُدَّت »

(٧) في (أ) : « ففي ثلاث من أصابعها » .

القسم الثاني من الكتاب

في بيان الموجب من الأسباب والمباشرات

والنظر في أربعة أطراف :

الأول : في تمييز السبب عما ليس بسبب . وكلُّ ما يحصل الهلاكُ معه ، فإما أن يحصل به : فيكون علّةً كالتردية في البئر ، أو يحصل عنده بعلّة^(١) أخرى ولكن لولاه لم تؤثر العلة - كحفر البئر مع التردية - فهو سبب . وإما أن يحصل معه وفاقاً ولا تقف العلة على وجوده : فلا عبرة به ، كما إذا كَلَّم غيره أو صَفَّعه صفعَةً خفيفة فمات فهذا لا يُجعل سبباً ، بل هو موافقةٌ قَدَرٍ .

والاحتمال يظهر في ثلاث صور :

الأولى : إذا صاح على صغير - وهو على طرف سطح - فارتعد وسقط ومات : وجب الضمان ؛ لأنه سببٌ ظاهر ، وفي القصاص قولان مرتبان على ما لو حفر بئراً^(٢) في داره ودعا^(٣) إليه غَيْرَه ، وهذا أولى بالإيجاب ؛ لأن الإفضاء إلى الهلاك هاهنا أغلب .

ولو تَغَفَّل^(٣) بالغاً بصوت مُنكر فسقط من السطح ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُحمَل^(٤) على موافقة القَدَر ؛ لأن الرعدة لها / أسباب ، والكبير لا يَشْقَط ٢٤٢/ب بالصياح غالباً^(٥) .

والثاني : يجب الضمان ؛ لأنّ هذا ممكن والسبب ظاهرٌ ؛ فَيَحَال عليه^(٦) .

والثالث : إن جاءه مِنْ ورائه وَجِب ، وإن واجهه فلا .

والصحيح : أنه إنْ ظهر أنه سقط به وجب ، وإن شك فيه احتمل أن يقال^(٧) : الأصلُ براءة

(١) في (أ) : « لعلّة » . (٢) في (أ) ، (ب) : « في دار ثم دعا » .

(٣) أي أخذه على غفلة . (٤) في الأصل : « أنه يَحْتَمَل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح لدى الشافعية . انظر : الروضة (٩ / ٣١٣) . مغني المحتاج (٤ / ٨٠) .

(٦) وهذا الوجه هو الذي تميل إليه النفس . (٧) في الأصل : « قال » .

الذمة ، واحتمل أن يقال : الأصل حَمْلُهُ على السبب المقارن [به] ^(١) .

الثانية : لو صاح على صبي موضوع على الأرض فمات ، أو على بالغ فزال عَقْلُهُ ، ففيه وجهان ، منشؤهما : التردد في الإحالة عليه ^(٢) .

الثالثة : التهديد والتخويف إذا أفضى إلى سقوط الجنين وجب الضمان ؛ إذ وقوع ذلك غالب ^(٣) ؛ وقع لعمر (رضي الله عنه) فشاور الصحابة (رضي الله عنهم) فقال عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) : « إنك ^(٤) مؤدَّبٌ فلا شيء عليك » . وقال علي (رضي الله عنه) : « إن لم يَجْتَهد فقد غَشَّكَ ، وإن اجتهد فقد أخطأ ، أرى عليك الدية » .

الطرف الثاني : في اجتماع العلة والشرط ، كالحفر والتردي ، ومهما كانت العلة عدوانًا انقطعت الحوالة عن الشرط ، فالضمان على المُرْدِي لا على الحافر . وإن لم يكن عدوانًا بأن تخطئ الإنسان فتردَّى جاهلاً : نُظِرَ إلى الحفر ، فإن لم يكن عدوانًا ^(٥) أُهدر الضمان ^(٥) ، وإن كان عدوانًا أُحِيلَ الهلاك عليه .

وإن تَزَلَّتْ رجله بقشرٍ بطيخ - أو بماءٍ مرشوش - فهذه الأسباب كحفر البئر .

فروع

الأول : إذا وضع صبيًا في مَسْبِعة فافترسه سَبْع ، فإن قدر على الانتقال ^(٦) فلا ضمان ^(٧) كما لو فُصِدَ بغير إذن ^(٧) فتركه حتى نَزَفَ الدم ، وإن كان عاجزًا فوجهان :

أحدهما : الحوالة على السبع ؛ لأنه مختار ولم يَشْبِقْ منه إلا وُضِعَ يد ، والصبي الحر لا يُضْمَنُ باليد ^(٨) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في الحوالة عليه » .

(٣) في (أ) : « غالباً » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إنه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا ضمان » .

(٦) في (أ) : « الانفصال » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « كما لو فصد بغير إذن » .

(٨) وهذا هو الأصح عند الشافعية كما في الروضة (٣١٥/٩) ، ومغني المحتاج (٨١/٤) . وهذا شيء عجيب ، والذي تقبله النفس هو أن يُحَال على الواضع لا على السبع ، كما رجحه الغزالي (رحمة الله عليه) .

والأصح : أنه يُحَال عليه ؛ لأن هذا يُعَدُّ في العرف إهلاكًا .

الثاني : إذا اتبع إنسانًا بسيفه فولَّى هاربًا ، فألقى نفسه في نار - أو ماء ، أو بئر ، أو مسبعة ^(١) واقتصره سَبْعٌ - فلا ضمان على المتبِع ؛ لأنه مختار في هذه الأفعال ، وغايته أن يكون مكرها .
ولو قال : أَقْتُلْ نَفْسَكَ وإلا قَتَلْتُكَ ، فَقَتَلَ نفسه : لم يَضْمَنْ المَكْرَه ؛ ^(٢) إذ لا معنى للخلاص عن الإهلاك أصلاً ^(٣) .

أما إذا تردَّى في بئر جاهلاً لكونه أعمى ، أو لظلام الليل ، أو لكون البئر مُغَطَّاةً ^(٤) : فالضمان على المتبِع ؛ لأن هذا الإلجاء أقوى من مجرد الحفر .

ولو ألقى نفسه على سطح ، فأنْخَسَفَ به فيحال [الضمان] ^(٥) عليه لاختياره ، إلا إذا كان انخسافه لضعفه وهو لا يدري فهو كالبئر المغطاة .

الثالث : إذا سلم صبيًّا إلى سابع ^(٦) ففرق ، وجب الضمان على أستاذه ؛ لأنه لا يَغْرُق إلا بتقصير ^(٧) ، بأن يُهْمَله في غير محله .

فلو قال له : ادخل الماء ، فدخل مختارًا ، فيحتمل أن يقال : لا ضمان ^(٨) ؛ ^(٩) لأنه لا يَضْمَنْ الحر باليد ^(١٠) ، والصبي مختارٌ ، ولكن قال العراقيون : يجب ؛ لأنه ملتزم للحفظ ، وأما البالغ فلا يضمن ^(١١) في هذه الصورة .

وإن خاض معه اعتمادًا على يده فأهمله : احتمل إيجاب الضمان ، وقال العراقيون : لا يجب ؛ لأنه مُقَصِّر في الاغترار بقوله .

(١) في (أ) : « أو في مسبع » .

(٢) في (أ) : « إذ لا معنى للخلاص عن الهلاك بالإهلاك أصلاً » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُغَطَّى » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « سباح » . (٦) في (أ) ، (ب) : « إلا بتقصيره » .

(٧) في الأصل : « فلا ضمان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « لأن الحر لا يضمن باليد » .

(٩) في الأصل : « لا يضمن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فإن قيل : إذا كان حفر البئر سبباً عند العدوان ، فماذا يكون العدوان عداوياً ؟ قلنا : نذكر محلّ العدوان من البئر ، وإيقاد النار ، وإشراع الجناح ، وإلقاء قشر البطيخ ، وقمامة السوق ^(١) ، ورش الماء ؛ حتى يُعرف به ما عداه .

أما البئر ، فلا عهدة فيه على مَنْ حفره ^(٢) في ملكه أو في موات ، فإن كان في ملك الغير فهو عدوان ، وإن كان في الشوارع نظر ؛ فإنْ أَضَرَّ بالطارقين فهو عدوان ، وإن لم يضر : فإنْ فعله لمصلحة الطريق وبإذن الوالي وأحكم رأسه ^(٣) فلا ضمان على الحافر ، وإن كان بغير إذن [الوالي] ^(٤) فقولان ، ووجه الإيجاب أن الاستقلال للآحاد إنما يُباح بشرط سلامة العاقبة ، فإن فعل لمصلحة نفسه فله ذلك ولكن بشرط سلامة العاقبة .

وكذلك إشراع القواويل والأجنحة جائز إذا لم يضر بالمجتازين ، ولكنه بشرط سلامة العاقبة ، فهو في عهده دواماً وابتداءً . وليس هذا كما لو حفر بئراً في داره ^(٥) فنسقط جداراً دارٍ جاره ^(٥) فلا ضمان ؛ لأنْ تَصَرَّفَ في نفس الملك لو قُبِدَ بشرط السلامة لأُورِثَ حرجاً على الناس فُقِيْدَ بالعادة وأسقط عهده ^(٦) .

وأما الارتفاق بالأجنحة فمستغنى عنها ، ومهما حفر بئراً في أرض جواره ولم يحكم أطرافها بالخشب أو وسَّعَ رأسها بحيث خرج عن العادة : فهو مُطَالَبٌ بعهده . وكذلك لو أوقد ناراً على السطح في يوم ريحٍ كان في عهدة الشرار ، وإن كان على العادة فعصفت ريحٌ بغتة فلا ضمان .

(١) في (أ) : « وقمامة البيوت » .

(٢) في الأصل « حفر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وأغْلَمَ رأسه » يعني جعل على رأسه علامة .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « فنسقط جدار جاره » .

(٦) في (أ) : « وسقط عهده » .

فرعان

أحدهما^(١) / : لو حفر بئراً في ملكه ودعا إليه إنساناً [في ظلمة]^(٢) فسقط فيه : فإن لم ٢٤٣/أ
يكن عنه مغلّـل ففي الضمان قولان ، فإن اتسع الطرق^(٣) فقولان مرتبان ، منشؤهما : تعارضُ
الغرور والمباشرة . وكذا^(٤) الخلاف في تقديم طعام مسموم^(٥) أو أطعمة فيها طعام مسموم .
الثاني : إذا سقط ميزابٌ لإنسانٍ على رأس إنسان : فإن كان الساقط هو القدر البارز فهو
كالجناح ، وإن سقط الكلُّ ففي وجوب الضمان وجهان ،^(٦) وجه الإسقاط : كونه من مرافق
الملك ، لا كالجناح^(٧) . فإن قلنا : يجب ، فيسقط^(٨) الضمان على القدر البارز والقدر الداخل
في الملك تنصيفاً على أحد الوجهين ،^(٩) وتقسيطاً في الوجه الثاني^(١٠) على الوزن ، بخلاف ما لو
ضرباً بعمودين متفاوتين في الثقل فإنهما يتساويان في الدية ؛ لأن ذلك يختلف بقوة الضارب
ولا ينضبط^(١١) .

والجدار المائل إلى الشارع كالقابل^(١٢) : فإن مال إلى ملكه وسقط فلا ضمان ، وإن مال
إلى الشارع وسقط من غير إمكان تدارك^(١٣) فلا ضمان ، فإن مال أولاً وأمكنه^(١٤) التدارك ولم
يفعل فوجهان ؛ لتعارضِ النظر إلى أصل البناء ، وما طرأ من بعد^(١٥) .

فأما قشور البطيخ وقمامات البيوت ، ففي المنع من إلقتها على^(١٦) الشوارع عُشر ؛ لأنها

(١) في (أ) : « الأول » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « الطريق » . (٤) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

(٥) كلمة « مسموم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « وجه الإسقاط أنه من مرافق الملك بخلاف الجناح » .

(٧) في الأصل : « فيسقط » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ويقسطن في الوجه الآخر » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « فلا ينضبط » . (١٠) في (أ) ، (ب) : « كالتاييل » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « التدارك » . (١٢) في (أ) : « فأمكنه » .

(١٣) في (أ) ، (ب) : « بعده » . (١٤) في (أ) ، (ب) : « في » .

من مرافق الملك ، وتُشبه الميزاب ، ففي ضمان المتعثر بها ثلاثة أوجه ، يُفَرَّق في الثالث ^(١) بين إلقاء إلى وسط الطريق ^(٢) وبين الرَّد إلى الطرف .

وأما رش الماء : فإن كان [لتسكين الغبار فهو] ^(٣) لمصلحة عامة فيضاهي حَفَر البئر لمصلحتهم ، فإن لم تكن مصلحة ^(٤) فهو سبب ضمان في حق الماشي إذا لم يَرِ موضع الرش ، فإن تخطاه ^(٥) قصدًا فلا ضمان .

الطرف الثالث : في ترجيح سبب على سبب ، فإذا اجتمع سببان مختلفان قُدِّم الأول على الثاني . فلو حفر بئرًا ونصب آخر ^(٦) حجرًا على طرف البئر ، ^(٧) أو وضع قشرة بطيخ على طرفه فتعثر به إنسان ^(٨) وسقط في البئر : فالضمان على صاحب الحجر ^(٩) ؛ لأنَّ التردّي نتيجته فهي العلة الأولى . وكذا لو جرف السيل حجرًا وتركه على طرف البئر : سقط الضمان عن الحافر ، كما لو وضعه آخر .

وكذلك لو نصب سكينًا ، ونصب آخر أمامه حجرًا ، فتعثر بالحجر ووقع على السكين . وكذا لو حفر بئرًا ، ونصب آخر في قعر البئر سكينًا ، ونصب آخر أمامه حجرًا : فالضمان على الحافر . ولو حفر بئرًا قريبَ العمق ، فعمقها غيره وهلك المتردي فيها ، فوجهان ^(١٠) .

أحدهما : الإحالة على الأول .

والثاني : أنهما يشتركان ؛ لتناشُب الجنائيتين .

فروع

الأول : لو وضع حجرًا في الطريق فتعثر به مَنْ لا يراه : ضمن . ولو قعد على الطريق فتعثر به

(١) في (أ) ، (ب) : « بين الإلقاء إلى متن الطريق » .

(٢) زيادة في (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) : « لمصلحة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإن تخطى » . (٥) في (أ) ، (ب) : « الآخر » .

(٦) في (أ) : « أو وضع قشر بطيخ على طرف فتعثر بها إنسان » .

(٧) في (أ) : « على ناصب الحجر » . (٨) في الأصل : « وجهان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

غيره وهلكاً، فالنص: أن ضمان القاعد مهدرٌ، وضمان الماشي على عاقلة القاعد. ولو تعثر ماش بواقف وماتا^(١)، فالهلاك مضافٌ إلى الماشي بالنص. وقيل: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج:

أحدهما: أن الإحالة^(٢) على الماشي في المسألتين؛ لأنه المتحرك.

والثاني: على الساكن؛ لأن الطريق للمشي لا للسكون.

ومن قَوَّرَ النصَّ فرق بأن الماشي قد يفتقر إلى الوقوف لحظةً، فأما القعود^(٣) فليس من مرافق الطريق.

الثاني: إذا تردى في بئر في محلّ عدوان، فتردّى وراءه آخر فسقط عليه^(٤) وماتا، فالأول مات بسببين: الحفرة وثقل الثاني، ولكن يشترق أيضاً ضمانه^(٥) على الحافر؛ لأن وقوع الثاني كان من الحفر أيضاً، إلا أن لورثة الأول مطالبة عاقلة الثاني بنصف الدية، ثم يرجع على عاقلة الحافر، ويحتمل أن يقال: الثاني كالمكره فلا يتعلق بعاقلته شيء، وهذا يضاهي المتردد^(٦) في أن المكره على إتلاف المال، هل يطالب ثم يزجج، أم لا يطالب أصلاً؟.

الثالث: لو انزلق^(٧) على طرف البئر، فتعلق بآخر وجذبه، وتعلق ذلك الآخر بثالث وجذبه، ووقع بعضهم على بعض: فالأول مات بثلاثة أسباب: بصدمة البئر، وثقل الثاني، وثقل الثالث، وهو متسبب من جملةتها إلى واحد،^(٨) وهو ثقل الثاني بجذبه إياه فهدر ثلث الدية، وثلثها على الحافر، وثلثها على الثاني لجذبه الثالث^(٩).

^(٩) وأما الثاني فهلك بجذبه الأول^(٩) وثقل الثالث، فنصف ديته على الأول؛ لأنه جذبه^(١٠)،

(١) في (أ): «فماتا». (٢) في (أ)، (ب): «أن الحوالة».

(٣) في (أ): «وأما السكون». (٤) في (أ)، (ب): «وسقط عليه».

(٥) في (أ): «الضمان». (٦) في الأصل: «المتردد»، والمثبت من (أ)، (ب).

(٧) في (أ)، (ب): «لو تزلق».

(٨) في (أ): «وهو ثقل الثاني بجذبه إياه جذّب الثاني، فهدر ثلث الدية ويبقى الثلثان، أحدهما على الحافر، والآخر على الثاني لجذبه الثالث».

(٩) في (أ): «وأما الثاني فهلك بجذب الأول».

(١٠) قال الحموي: «قوله فيه: (لو تزلق على حرف البئر إنسان فتعلق بآخر وجذبه، وتعلق ذلك الآخر بثالث ووقع بعضهم على بعض، فالأول مات بثلاثة أسباب: بصدم البئر، وثقل الثاني، وثقل الثالث. وهو متسبب من

ونصفه مهدرٌ ؛ لأن الثالث سقط بجذبه .

وأما الثالث فكلٌ ديته على الثاني .

فلوزاد رابع ، فيجتمع لهلاك الأول أربعة أسباب ، فالمهدرُ ربع الدية ، ولا يخفى طريقه .
هذا مذهب علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه) واختيارُ الجمهور . وفيه وجوه أخر مُزَيَّفة ذكرناها في « البسيط » ^(١) .

الطرف الرابع : في الأسباب المتشابهة التي تثبت بها شركة ^(٢) من غير ترجيح ولها صور :

الأولى : / إذا اصطدم حُرَّان في المشي وماتا ، فكلٌ واحد شريك في قتل نفسه وقَتْل ٢٤٣/ب صاحبه ، ففي تركة كلٍّ واحد منهما كفارتان ؛ لأن الشريك في قتل نفسين يلتزم ^(٣) كفارتين ؛ لأنها لا تتجزأ ، وفي تركة كل واحد نصف دية صاحبه إن كان التصادم عمداً ^(٤) ، وإلا فعلى ^(٥)

= جمعتها إلى واحد وهو ثقل الثاني بجذبه إياه فثُهدر ثلث الدية ، وثلثه على الحافر وثلثه على الثاني [لجذبه الثالث .
وأما الثاني فهلك] بجذبه الأول ، وثقل الثالث فنصف ديته على الأول ؛ لأنه جذبه ... هكذا إلى آخره) .
قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه جعل الدية واجبة عليهم وليس الأمر كذلك ، بل الوجوب على العاقلة كما لا يخفى . الثاني : أنه أطلق ولم يفصل بين أن يكون الحافر متعدياً أو غير مُتَعَدٍ ، فإن كان الأول وجب الضمان فيما إذا كان متعدياً وكان البئر مما لا يبقى الواقع فيها سليماً ، وإن كان على العكس من ذلك لم يجب الضمان .
قلت : أما الجواب عن الأول : فمبني على أن الدية هل تجب أولاً على الجاني ثم تتلقاه العاقلة [أم تجب أولاً على العاقلة] دون الجاني ؟ وفيه خلاف مشهور ، فأن قلنا بالأول ولم تكن عاقلة ولا بيت مال عاد الوجوب إلى الجاني ، وإن قلنا بالثاني لم يعد . واختار الشيخ أن الوجوب أولاً يلاقي الجاني ، ولهذا تعود الدية إليه عند عدم العاقلة وبيت المال ، وبه خرج الجواب .

وأما الجواب عن الثاني فظاهر ، فإن ذلك مفروض فيما إذا كان الواقع فيها لا يبقى سليماً ، وكان الحافر متعدياً .
قلت : ولا يبعد أن يكون ذلك على الإطلاق ، فإنه قد نقل أنه إذا حفر بئراً في طريق واسعة ياذن الإمام ، ووقع فيها إنسان فإنه يكون من ضمانه وإن أذن له السلطان على خلاف مشهور ، وإذا كان كذلك احتمل أن يكون اختار وجوب الضمان كما لا يخفى . وبه خرج الجواب . إشكالات الوسيط (ق ١٦٧ / ب ، ١٦٨ / أ) .

(١) وكتابه « البسيط » هو أصل « الوسيط » والوسيط اختصار له . انظر القسم الدراسي .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشركة » . (٣) في (أ) ، (ب) : « ملتزم » .

(٤) في (أ) : « تعمدًا » . (٥) في الأصل : « وإلا على » والثبت من (أ) ، (ب) .

العاقلة . فإن كانا راكبين ففي تركه كل واحد نصفُ قيمة دابة ^(١) صاحبه . فأما حكم نَفْسَيْهِمَا ^(٢) فكما سبق .

وإن غلبت الدابةُ راكبها فاصطدما [قهراً] ^(٣) فقولان :

أحدهما : أن هلاك النفس والدابة مُهْدَرٌ ؛ لحصوله بفعل الدابة .

والثاني : أنه منسوبٌ إلى اختيارهما في الركوب وهما مخطئان .

فإن كانا صَبِيَيْنِ رَكِبَا بأنفسهما ^(٤) فكالبالغين ^(٥) إلا إذا قلنا : لا عَمْدَ للصبي ، فيخالف البالغ فيه . فإن أركبهما أجنبي واحد متعدياً ، فعليه كفارتان وقيمة الدابتين ، وعلى عاقلته دية النفسين . وإن أركبهما أجنبيان ، فنصفُ الهلاك في الكل مضافٌ إلى كل واحد منهما .

فإن أركبه الولي عند مسيس الحاجة من غير تفريط ، فهو كما [لو] ^(٥) ركب الصبي بنفسه ولا عهدة على الولي . وإن لم تكن حاجة ولكن أركبه لغرض التفرج والزينة - حيث يغلب الأمن - ففي إحالة الضمان على الولي وجهان ، ووجه الحوالة ^(٦) : أن مثل ذلك يجوز بشرط سلامة العاقبة .

ولو تعدى المَرْكَبُ وتعدى الصبي ^(٧) ، فقد قيل : ^(٨) الإحالة على المَرْكَب ، ويحتمل الإحالة على الصبي إذا قلنا : له عَمْدٌ ^(٨) إذ المباشرة أولى من السبب ، لكن ^(٩) لما لم تكن مباشرته عدواناً - لِصِبَاهِ - أمكن أن يجعل ^(١٠) كالمتري مع الحفر ^(١٠) .

فإن كانا عبيدين فهما مُهْدَران . وإن كان أحدهما عبداً فنصفُ قيمة العبد في تركه الحر ، أو على عاقلته على قول . ونصف دية الحر تتعلّق بتلك القيمة ؛ لأنه كان يتعلّق برقبته لو بقي ؛ فيتعلّق بقيمته .

وإن كانتا حاملين ، ففي تركه كل واحدة أربع كفارات ؛ بناءً على أن قاتل نفسه تلزمه

(١) في الأصل : « دية » وهو خطأ والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « نفسهما » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « فهما كالبالغين » . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « ووجه الإحالة » . (٧) في (أ) : « وتعمد الصبي » .

(٨) في (أ) : « الحوالة على المركب ، وقيل : الحوالة على الصبي إذا قلنا : إنه عمد » .

(٩) في (أ) : « ولكن » . (١٠) في (أ) : « كالمتري مع الحافر » .

الكفارة، وأن الشريك تلزمه كفارة كاملة، وأن الجنين فيه كفارة، وفي تركة كل واحدة: نصف غرة^(١) جنينها، ونصف دية صاحبها، ونصف غرة جنين صاحبها^(٢)، فتجب غرتان كاملتان في التركتين ودية واحدة ويُهدر النصف^(٣) منهما لا من الجنين .

وان كانتا مستولدتين حاملتين - وتساوت قيمتهما - فقد تَقَاصَا (وإن كانت إحداهما تساوي^(٤) مائتين والأخرى مائة، فصاحب المائتين يستحق مائة، وصاحب المائة يستحق خمسين، فبقي لصاحب النفيسة خمسون على صاحب الخسيسة؛ لأنّ جناية المستولدة تجب على السيد؛ لأنه بالاستيلاد السابق صار مانعاً بخلاف القِرن، وكان يحتمل هاهنا أن لا تلزمه؛ لأنه إنما يكون مانعاً إذا بقي المحل حيّاً قابلاً للتفويت^(٥)، وقد كان موته^(٦) مع الجناية لا بعدها .

وإن كانتا حاملتين - والقيمة بحالها وقيمة كل غرة أربعون - فصاحب النفيسة يستحق مائة وعشرين من جملة مائتين وأربعين، ولكن قيمة الخسيسة مائة - وهي أقل من الأرض - فلا يجب على السيد إلا أقل الأمرين^(٧)، فالواجب على صاحب الخسيسة مائة، ويستحق صاحب الخسيسة سبعين :^(٨) خمسون لمستولدته وعشر للغرة^(٩)، فيبقى عليه ثلاثون .

الصورة الثانية : إذا اصطدمت سفيتان بأجراء ملاحين : فالسفينة كالداية والملاح كالراكب، وغلبة الرياح كغلبة الدابة حتى يُخَرَّج على القولين، ونزید هاهنا إن كان في كل سفينة عشرة أنفس مثلاً، فهما شريكان في قتل العشرين، وكذلك في إتلاف المال الذي في السفينة^(٩) . فإن هلك المال وتنازعا، فقال الملاح : حصل بغلبة الريح، وقال المالك : بل بفعلكما^(١٠) : فالقول قول الملاح ؛ إذ الأصل براءة الذمة .

(١) الغرة : عبد أو أمة . انظر المصباح المنير (٦٨٢ / ٢) مادة (غ ر ر) .

(٢) في (أ) : « صاحبها » . (٣) في (أ)، (ب) : « النصفان » .

(٤) في (أ) : « تشوى » . (٥) في (أ)، (ب) : « للبيع » .

(٦) في (أ) : « موتها » . (٧) في الأصل : « إلا أقل أمرين » والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « خمسين لمستولدته، وعشرين لغرة » .

(٩) في (أ) : « السفيتتين » .

(١٠) في (أ) : « بل بفعلك » .

ولو ثقب ^(١) الملاح السفينة وغرق أهلها ، فقد يكون عمداً محضاً ، وقد يكون شبه العمد ^(٢) ، وقد يكون خطأً ولا يخفى [حكمه] ^(٣) .

فرع : إذا أشرفت السفينة على الغرق - وكان النجاة في إلقاء الأمتعة - فقال من احتاج إلى النجاة : ألقى متاعك وأنا ضامنٌ ؛ فيلزمه الضمان لمسيس الحاجة إلى الفداء كما إذا قال : طلق زوجتك وأنا ضامن للمهر ، وكذلك إن كان ^(٤) الحاجة لغيره فله الالتزام بسببه ، بل عليه إلقاء متاعه لنفسه . وإن كانت الحاجة عامة - للملتمس وصاحب المتاع - فيه وجهان ^(٥) :

النص : أنه يجب ضمانه ؛ لأن الملتمس محتاج ، فحاجة / المالك لا تمنعه من البذل . ١/٢٤٤

والثاني : ^(٦) أنه يسقط بحصة المالك ^(٦) ، فإن كانوا عشرة سقط العشر ، أو خمسة فالخمس .

ولو قال : ألقى متاعك - ولم يتعرض للضمان - ففيه وجهان ؛ كما إذا قال : أقض ديني ، ولم يشترط الرجوع ^(٧) .

ولو قال : أنا وركبان السفينة ضامنون ، كل واحد واحد على الكمال : فيلزمه ، وركبان السفينة لا يلزمهم إذا أنكروه .

ولو قال ^(٨) : أنا وهم ضامنون كلٌ بحصته : فحصته تلزمه ، والباقي يرجع إليهم . فإن قالوا : رَضِينَا بما قال ، لزمهم - وإن كنا لانقول بوقف العقود - لأن هذا مبني على المصلحة والتساهل . ولو أطلق قوله : أنا وركبان السفينة ضامنون ، ثم قال : أردتُ التقسيط : فالقولُ قوله مع يمينه حتى لا يلزمه إلا نصيبه .

وإن قال : أنا ضامن وركبان السفينة ضامنون ، ثم قَسَرُ بالتقسيط : فاختيار المزني (رحمه الله) أنه يُقبل مع يمينه ، وظاهر النص : أنه لا يُقبل ؛ لإضافته الضمانَ إلى نفسه [أولاً] ^(٩) ثم ذكره الركبان بعده .

(١) في (أ) : « ولو ثقب » .

(٢) في (أ) : « شبه عمد » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « كانت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ففيه وجهان » .

(٦) في (أ) : « أنه يسقط بحصته » .

(٧) في (أ) : « ولم يشترط الرجوع » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وإذا قال » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

الصورة الثالثة : إذا رجع حجر المنجنيق على الرماة - وكانوا عشرة - فهلكوا : فيُهدر من دم كل واحد عُشرُهُ ويتعلق تسعةُ أعشار ^(١) بعاقلة الباقيين ؛ إذا ما من واحد إلا وهو قُتل نفسه ^(٢) بمشاركة تسعة .

وإن أصاب غير الرامين ، فالديةُ على عاقلتهم ، إلا إذا قصد ^(٣) شخصًا بعينه وقدرُوا على الإصابة غالبًا . فإن قصدوا جمعًا وعلمُوا أنهم يصيبون واحدًا ولكن لا بعينه ، فهو خطأ في حق ذلك الواحد ، ولهذا قلنا : المكْرهُ إذا قال : اقتل زيدًا أو عُمَرَا ، فقتل زيدًا فلا قصاصَ على المكْرهِ ؛ لأنه ما قصد ^(٤) زيدًا بعينه ، ويجب على المكْرهِ ؛ لأنه ذو خيرةٍ في تعيينه ، بخلاف ما إذا قال : اقتلْهُما وإلا قتلْتُك ، فإن خيرته في التقديم والتأخير لا تؤثر .

الصورة الرابعة : ^(٥) إذا جرح الدافع ثلاث جراحات : أولها عند قصده ، ^(٦) والثانية بعد إعراضه ^(٧) ، والثالثة بعد عَوْدِهِ إلى القصد : فالتوسطة مضمونة ، ^(٨) والآخران مهدران ^(٩) فعليه ثلث الدية .

ولو ضربه في الدفع ضربتين ، وبعد الإعراض واحدةً ، فعليه نصف الدية ؛ جمعًا لما جرى في حالة الإهدار ، بخلاف ما إذا توسطت حالة بين حالتين ^(٨) .

ولو جرح مرتدًا وأسلم ، فعاد الجارحُ مع ثلاثة من الجناة فجرحوه ، قال ابن الحداد : الجناة أربعةٌ ، فعلى كل واحد ربعُ الدية ، إلا أن الجاني في الحالتين لزمه الربع بجراحتين ، إحداهما مهجرة ، فيعود نصيبه إلى الثمن . وقال بعض الأصحاب : لا ، بل توزع على الجراحات لا على الجارحين ، ويقال : الجراحات خمسة ، ^(٩) والواحد منها مهدر ؛ فسقط الخمس ^(٩) ويبقى

(١) في (أ) : « تسعة أعشاره » . (٢) في (أ) ، (ب) : « قاتل نفسه » .

(٣) في (أ) : « قصدوا » .

(٤) في (أ) : « لأنه قصد » وكلاهما صحيح على اعتبار أن الضمير في قوله : (لأنه ما قصد) يعود على المكْرهِ ، وفي قوله : (لأنه قصد) يعود على المكْرهِ .

(٥) في (أ) : « الرابعة » بدون كلمة « الصورة » . (٦) في (أ) : « والثانية عند إعراضه عن القصد » .

(٧) في (أ) : « والآخران يهدران » . (٨) في (أ) : « الحالتين » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والواحدة منها مهجرة ، فسقط الخمس » .

[على] ^(١) كل واحد من الأربعة ^(٢) خمس الدية ، ويدخل نُقصان الإهدار على الكل .

ولو جنى أربعة في الردة ، ثم عاد ^(٣) منهم واحد ^(٤) مع ثلاثة آخرين وجنوا في الإسلام : فعلى مذهب ابن الحداد (رحمه الله) : الجناة سبعة ، فعلى كل مَنْ لم يَجْنِ في الإسلام سبع كامل ؛ ومن جنى في الحالتين رجع شعبه إلى النصف . وعلى الوجه الآخر يقال : ^(٥) الجنایات ثمانية ، أربعة في الردة مهجرة ، فيبقى أربعة ^(٦) أثمان الدية على الأربعة الذين جنوا في الإسلام . ولُنُقِسَ على هذا ما إذا جنى خطأ ، ثم عاد مع غيره وجنيتا [معا] عمداً ^(٧) ، ولكن يكون التوزيع هاهنا النقل إلى العاقلة في البعض كما كان .

ثم للإهدار فرعان :

الأول : ^(٨) جنى عبد ^(٩) على حر ، فجاء إنسان وقطع يد العبد ، ثم قطع العبد بعده يد حر ، وماتوا : فتؤخذ قيمة العبد من الجاني عليه ، ويختص المجني عليه بالأرش بقدر أرش اليد ، والباقي يكون مشتركاً بينه وبين المجني عليه ثانياً ؛ لأنه حيث قطع يده لم يكن للثاني حق .

ونعني بالأرش قيمة النقصان على الأصح ؛ إذ لو أردنا نصف الدية ، فلو فرضنا بدله قطع اليدين لم يَتَّقِ للمجني عليه ثانياً شيء .

الثاني : إذا تقاتل رجلان بسيفيهما ، فأصبحا قتيلين ، فادّعى ولي كل واحد أن صاحبه كان دافعاً لا قاصداً : تحالفاً ، فإن نكل واحد حصل الغرض ، وإن حلفا تساقطا .

وحكم كل شخصين التقيا في بادية ، واستشعر كل واحد من صاحبه القصد : أنه إن غلب على ظنه قصده حل له البداية بالدفع ، وإلا فلا ، فإن قتله ومات الدافع وأقرّ وإليه بأنه كان مخطئاً في ظنه : أخذت الدية من التركة .

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « من الأربع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « واحد منهم » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الجنایات ثمانية ، أربع في الردة مهجرة ، فبقي أربعة » .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (أ) : « عبد جنى » .

فإن قيل : القاتلُ بالسحر لم يذْكره ، قلنا : لا يُعرف ذلك إلا بإقرار الساحر ، فإن قال :
سحري يُقتل غالباً ، فهو عَمْدٌ يجب به القصاص . وإن قال : قصدتُ الإصلاح ، فهو شِبْهُ عَمْد .
وإن قال : قصدتُ غيره / فأصبتُ اسمَه فهو خطأ محض .

ب/٢٤٤

ولا ينبغي أن يُتَعَجَّب من هذا ؛ فإنَّ السحر حقٌ .

* * *

القسم الثالث في بيان مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيةُ

وهو الجاني إن كان عمدًا، والعاقلة ^(١) إن كان خطأ أو شبه عمد؛ لما روي «أن جاريتين اختصمتا، فَضْرِبَتْ إحداهما الأخرى بعمود فسطاط، فَقَتَلَتْهَا وما في بطنها، فَقَضَى رسولُ الله ﷺ بالدِّيةِ على العاقلة، وفي الجنين بِغُرَّةٍ: عبدٌ أو أَمَةٌ» ^(٢).
والنظر في العاقلة يتعلّق بأركان:
الأول: في تعيينهم.

والدية تُضْرَبُ على ثلاث جهات: العصوبة، والولاء، وبيت المال. أما المخالفة والموالة فلا تُوجب تحمُّلَ العَقْلِ خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله).

الجهة الأولى: القرابة، وهو كل عصابة واقع على طرف النسب، فلا تُضْرَبُ على أب الجاني وابنه، كما لا تُضْرَبُ على نفسه، وقد ورد في الحديث: «وكان العصبة ^(٣) أحقَّ به». واختلّفوا في ثلاثة أمور:
أحدها: أن ابنها لو كان ابنَ ابنِ عمها ^(٤)، أو معتقه ^(٥)، فهل تُضْرَبُ عليه؟ فيه وجهان ^(٦):

(١) في الأصل «أو العاقلة» والمثبت من (أ)، (ب).

(٢) الحديث رواه البخاري (٢٦٣/١٢) (٨٧) كتاب «الديات» (٢٦) باب «جنين المرأة، وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد» حديث (٦٩١٠) بإسناده عن أبي هريرة قال: «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقَتَلَتْهَا وما في بطنها، فاخصموا إلى النبي ﷺ، فَقَضَى أن دية جنيها غُرَّةٌ: عبدٌ أو وليدة، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها». ورواه مسلم أيضاً (١٣٠٩/٣) (٢٨) كتاب «القسماء» (١١) باب «دية الجنين» حديث (١٦٨١). ورواه أبو داود (٧٠١/٤) حديث (٤٥٧٦)، والترمذي (١٦/٤) حديث (١٤١٠) وابن ماجه (٢/٨٨٢) حديث (٢٦٣٩) جميعاً من طرق عن أبي سلمة عن أبي هريرة به. (٣) في (أ): «وكان أبعاضه».

(٤) في الأصل: «لو كان ابن عمها» والمثبت من (أ)، (ب) وهو الصواب.

(٥) في (أ): «أو معتقها».

(٦) قال الحموي: «قوله في باب العاقلة: (واختلّفوا في أمور أحدها: أنه لو كان ابنه ابنَ عمه أو معتقه، فهل يضرب عليه؟ فيه وجهان)».

قلت: لا يتصور بأن يكون ابنه ابنَ عمه، كما لا يخفى. قلت: أراد بابنه ابنَ عمه؛ فإنه يطلق ذلك عليه بطريق المجاز، قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾. إشكالات الوسيط (ق ١٧١/أ).

أحدهما : لا ؛ لأنّ البنوة مانعة .

والثاني : تُضرب ؛ لأنها ليست مانعة ولا موجبة كما في ولاية النكاح فتُجعل كالعدم .

الثاني : أنّ الأخ للأب والأم ، هل يُقدّم على الأخ للأب ؟ ، فيه قولان كما في ولاية النكاح .

الثالث : أنّ الترتيب يُرعى ولا يرقى إلى الأعمام ما لم يفصل عن الإخوة ، ^(١) ويرعى من لم

يثبت له الميراث ^(١) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُسوّى بينهم .

الجهة الثانية : الولاء ، فإذا لم تُصادف عصبّة ضَرَبْنَا على معتق الجاني ، فإن لم يكن

فعصبائه ، ثم معتق المعتق ، ثم عصباته ، ^(٢) ثم معتق أب المعتق ^(٢) ، ثم عصباته ، ثم معتق جدّ

المعتق ، ثم عصباته ، على هذا الترتيب كما في الميراث .

وهل يدخل ابنُ المعتق وأبوه ومن على عمود نسبه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما في النسب ، ولما رُوي أن مولى صفية ^(٣) بنت عبد المطلب (رضي الله

عنها) جنى ، فقصى عمر (رضي الله عنه) بأرش الجناية على عليّ (رضي الله عنه) ابن عمها ،

وقضى بالميراث لابنها الزبير (رضي الله عنه) .

والثاني : أنه ^(٤) يُضرب ؛ لأنّ المعتق عاقلة ، فيضرب على ابنه كما يضرب على ابن الأخ ،

بخلاف الجاني نفسه .

فروع

الأول : المرأة إذا أعتقت فلا تُضرب عليها ، بل يحمل عنها جناية عتقها من يحمل جنايتها

من عصباتها ؛ كما يُزوّج عتيقها من يُزوّجها .

الثاني : لو أعتق جماعة عبداً ، فهم كشخص واحد لا يلزم جميعهم أكثر من حصة

واحدة ^(٥) ، وهو نصف دينار ، فإن كانوا ثلاثة فحصة كل واحد السدس ، فلو مات واحد وله

(١) في (أ) : « ويرعى ترتيب الميراث » . (٢) في (أ) : « ثم معتق أبي المعتق » .

(٣) في (أ) : « مولى لصفية » . (٤) قوله : (أنه) ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « من حصة واحد » .

إخوة^(١) فلا يجب على كل واحد من إخوته أكثر من السدس ؛ إذ غايته أَنْ يكون وحده نازلاً منزلةً مورثه لو كان حيًّا^(٢) .

الثالث^(٣) : إذا فضل من المعتق نصيب ، فلا يترقى إلى عصباته في حياته ؛ لأنَّ تحملهم بالولاء ، وليس لهم ولاءٌ في حياة المعتق ، بخلاف ما إذا مات وله إخوة وأعمام ، ففضل من إخوته شيء فيطالب الأعمام كما في النسب ؛ لأنَّ الولاء يُورث به ، فهو لَحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النسب ، ولكن يكون كذلك بعد موت المعتق ، ولا يخلو الفرق بين المسألتين عن احتمال .

الرابع : العتيق ، هل يتحمل العقلُ عن معتقه ؟ وفيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ المِثَّةَ عليه أعظمُ ،^(٤) فهو بالنصرة أجدر^(٥) .

والثاني : لا ؛ لأنَّه لا يَرِث ، بخلاف المعتق .

فإنَّ قلنا : يتحمل ، فلو اجتمع المولى الأعلى والأسفل ، فلعلَّ تقديم الأعلى أولى .

الخامس :^(٦) المستولد من عتيق وعتيقة يَثْبِت الولاء عليه لموالي الأب ترجيحًا لجانب الأبوة^(٧) ، فلو تولد من عتيقة ورقيق ، فالولاء لموالي الأم لانسداد جهة الأب ؛ إذ لا ولاءٌ عليه بعد .

فلو أعتق الأب أنجرَّ الولاء إلى موالى الأب وسقط ولاء موالى الأم . فلو جنى هذا الولد قبل جَرِّ الولاء فالعقل على موالى الأم ، أعني إذا مات المجنى [عليه]^(٨) قبل الجَرِّ . فإن مات بعده فقدر أرش الجناية على موالى الأم مع السراية إلى وقت الجر ، وما حصل بعد الجر فعلى الجاني ، فإنه كيف تُضرب على موالى الأب وهو نتيجة جناية قبل الجر ؟ ، وكيف تُضرب على موالى الأم مع السراية^(٩) وإنما حصل بعد الجر ؟ وكيف تُضرب على بيت المال ، وفي الحالتين قد وُجد مَنْ هو

(١) في (أ) : « فلا يجب على جميعهم إلا سدس دينه ؛ لأنَّ هذا هو الذي كان يلزمه ، وهم يقومون فيه مقامه » .

(٢) ساقطة من (أ) . (٣) في (أ) : « فهو بالنظر أجدر » .

(٤) في (أ) : « المستولدة من عتيق وعتيقة يثبت الولاء عليها لمولى الأب ترجيحًا لجهة الأبوة » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله (مع السراية) ساقط من (أ) .

أولى منه ؟ .

وبالجملة ، الضربُ على العاقلة بخلاف القياس ، فتسقط بالشبهة كالقصاص . ولو قيل : تُضرب على بيت المال لم يكن بعيداً . فلو قطع اليدين قبل الجُرِّ ، أو قطع اليدين والرجلين ثم مات بعد الجر : فعلى موالي الأم ديةٌ كاملة ، ولا يُيأَلَى / بقولهم : إن هذه دية نفس ^(١) ذهبت بعد ٢٤٤ أ الجر ^(٢) ؛ لأنَّ المقصود أن لا نزيد عليهم لما بعد الجر شيئاً [ومقدار الدية كان لازماً قبل الجر ولم يَرِد بعده شيء] ^(٣) .

الجهة الثالثة : بيت مال المسلمين ، فإنه مَصَّبُ الموارث ، فإذا لم نجد مِنْ عصابات النسب والولاء محلاً ^(٤) أو فضل منهم ضَرَبْنَا على بيت المال ، إلا إذا كان الجاني ذميّاً ، فإن لم يكن في بيت المال شيء رجعنا إلى الجاني وضَرَبْنَا عليه . هذا حكم الجهات ^(٥) .

أما الصفات : يُشترط ^(٦) فيمن تُضرب عليه : التكليف ، والذكورة ، والموافقة في الدين واليسار . ولا تُضرب ^(٧) على مجنون ، وصبي ، وامرأة وإن كانت ^(٨) معتقة ؛ لأنهم ليسوا أهل النصره بالسيف .

وفي الزَّيْنِ الموسر وجهان ؛ لأنه - بحكم عجز الحال - يُضاهي النساء .

ونعني بموافقة الدين أنه لا يتحمل مسلمٌ عن كافر ، ولا كافر عن مسلم . وهل يتحمل اليهودي عن النصراني ؟ فعلى قولين ، منشؤهما : أن التوارث موجود ، والتنازل معدوم ^(٩) . وتُضرب جناية الذمي على عاقلته الذميين ^(١٠) دون أهل الحرب فإنهم كالمعدومين ^(١١) . وتُضرب على المعاهدين ، فإن زادت عهودهم على أَجَلِ الدية : فإن بقي سنة أخذنا حصّة تلك

(١) في (أ) : « زهقت بعد القطع » . (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل : « محتمل » والمثبت من (أ) .

(٤) قوله : (هذا حكم الجهات) ساقط من (أ) . (٥) في (أ) : « فيشترط » .

(٦) في (أ) : « فلا تضرب » . (٧) في الأصل : « وإن كان » والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « والتناصر معدوم » . (٩) في الأصل : « الذمي » والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « لأنهم كالمعدومين » .

السنة، فإن لم نجد أوجبنا على الجاني دون بيت المال؛ لأن بيت المال لا يرثه ويرث المسلم. نعم، الذمي إذا مات ^(١) فماله من الخمس ^(١).

وأما اليسار فشرط، ولا تُضرب على فقير وإن كان مُعتملاً. وقال أبو حنيفة (رحمه الله): يُكَلَّفُ الْمُعْتَمِلُ الْكَشْبَ.

ثم على الغني نصف دينار، ولا يُزَادُ عليه، وهو أول درجة المواساة في الزكاة. وعلى المتوسط نصف ذلك، وهو ربع دينار.

ونعني بالغني مَنْ ملك عشرين ديناراً عند آخر السنة التي هي [أصل] ^(٢) الدية، وليكن ذلك فاضلاً عن مسكنه وثيابه وكل ما لا يحسب في الغنى في الكفارات المرتبة.

والمتوسط مَنْ جاوز حد الفقير ^(٣)، وهو الذي ملك شيئاً فاضلاً عن حاجته ناقصاً عن عشرين ديناراً، وليكن ذلك ^(٤) أكثر من ربع دينار حتى لا يَزُدَّهُ أَخْذُهُ مِنْهُ إِلَى حَدِّ الْفَقْرِ ^(٥).

وإنما يُعْتَبَرُ الْيَسَارُ آخِرَ السَّنةِ، فلو طرأ اليسار بعدها، أو كان قبلها: فلا التفات إليه.

(١) في (أ): «فماله فيء يُخمس». (٢) زيادة من (أ).

(٣) في (أ): «حد الفقر».

(٤) في الأصل: «وليكن ذلك» والمثبت من (أ).

(٥) في (أ): «حد الفقير».

الركن الثاني في كيفية الضرب على العاقلة

والنظر في القدر ، والترتيب ، والأجل :

أما القدر : فلا يُزَاد على النصف والرَّبع في حقِّ الغني والمتوسط ، ولكنه حصّةُ سنةٍ واحدةٍ ؟ أو حصّةُ للسنتين الثلاث ؟ فيه وجهان .

وكلُّ ما قَلَّ وَكَثُرَ مَضْرُوبٌ على العاقلة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ما دون أرش الموضحة لا يُعْقَل ^(١) . وفي القديم : [قول] ^(٢) أنه لا يُحْمَل ما دون ثلث الدية . وقولٌ : أنه لا يحمل إلا بدل النفس ، وهما مهجوران .

فإن كان أرش الجناية نصف دينار - والعاقلةُ مائةً مثلاً - ففيه وجهان :

أحدهما : أنَّ القاضي يُعَيِّن واحدًا برأيه ؛ إذ توزيعه يؤدي إلى مطالبة كلِّ واحد بما لا يَتَمَوَّل .

والثاني : أنه يُوزَع [عليهم] ^(٣) ، وعليهم تحصيلُ نصفِ دينارٍ مشتركًا بينهم .

وإن كَثُرَ الواجبُ وَقَلَّتِ العاقلةُ بدأنا بالإخوة ، فإن فضلَ منهم شيءٌ بعد أداء كلِّ واحدٍ منهم النصفَ أو الربعَ ترقينا إلى بني الإخوة ، ثم إلى الأعمام على الترتيب ، فإن فضلَ عن العصابات طالبا المعتقد ^(٤) . فإن فضلَ عنه [شيء] ^(٥) لم يضرب على عصاباتِه في جناية ؛ إذ لا ولاءَ لهم ، وفي موته يُشَلِّك بعصابته مَشَلِّك عصابات الجنائي ، فإن لم نجد من جهة الولاء والقراة أخذنا البقية آخر السنة من بيت المال ، ونفعل ^(٦) كذلك بحصة السنة الثانية . ولا يَتَعَدُّ أن يَتَحَمَّل في السنة الثانية ^(٧) مَنْ لم يتحمل في السنة الأولى لعذرٍ صِغَرٍ أو فقرٍ ^(٧) .

(١) انظر الهداية (٤ / ٥٧٩) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « طلبنا المعتقد » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « ونحصل » .

(٧) في (أ) : « من لم يتحمل في الأولى لعذرٍ أو فقر » .

ثم إن لم يكن في بيت المال شيء^(١)، ففي الرجوع إلى الجاني وجهان^(٢) يبنيان على أن الوجوب^(٣) يُلاقيه أم لا ؟ . وقيل : إنه^(٣) يبنني على أنه إن ظهر يسارٌ لبيت المال بعد المدة ، فهل يؤخذ منه ؟ ، وهذا البناء أولى ؛ ^(٤) فإنَّا لو قلنا^(٤) : لا يتعلّق ببيت المال ولا يرجع إلى الجاني ، كان ذلك تعطيلاً . وقطع القاضي بأنه لا يُضرب على الجاني ، ودَكَرَ في فطرة الزوجة الموسرة عند إعسار الزوج وجهين . والفرق عسيرٌ ، والوجهُ : التسويةُ في الوجوب^(٥) عند العجز عن التحمل ، كيف وقد قطع الأصحابُ بالرجوع إلى الجاني في مسألتين :

إحداهما : الذمي إذا لم يكن له عاقلة .

والثانية^(٦) : إذا أقر الجاني بالخطأ وأنكر العاقلة^(٧) ولايته طُوب الجاني . والفرق عسير . وغاية الممكن توقُّع يسار بيت المال في حق المسلم الذي تثبت عليه الجناية بالبينة ، بخلاف ما إذا أنكر^(٨) العاقلة ، فإن إقرارهم بعيد ، والذمي لا يتوقع له متحمل ؛ إذ لا تتعلّق جنايته ببيت المال .
 فرع : لو اعترف العاقلة بعد أداء الجاني^(٩) فإن قلنا : الوجوب يُلاقيه ، رجع على العاقلة ، وإن قلنا : لا يُلاقيه استردّ ما أذاه وطالب المجني عليه العاقلة^(١٠) . /

٢٤٥/أ

أما الأجل^(١١) : فمائة من الإبل - إذا وجبت في النفس - مضروبة في ثلاث سنين وفاقاً ، يؤخذ في آخر كل سنة ثلثها . فمنهم مَنْ قال : علّته أنه بدل النفس حتى زاد^(١٢) عليه في عبد قيمته مائتان من الإبل - وقلنا : تحمل - أو نقص^(١٣) في عبد خسيس أو غرة جنين : فتضرب أيضاً في ثلاث سنين . ومنهم من قال : علّته القَدْرُ ، فقيمة العبد إذا كان^(١٤) مائتين من الإبل

(١) كلمة (شيء) ليست في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « مبنيان على أن الواجب » .

(٣) قوله : (إنه) ليست في (أ) . (٤) في (أ) : « فإن قلنا » .

(٥) في (أ) : « بالوجوب » . (٦) في الأصل : « الثانية » والواو زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « وأنكرت العاقلة » . (٨) في (أ) : « أنكرت » .

(٩) في (أ) : « فإن قلنا : الوجوب يلاقيه ، رجع على العاقلة ولا يسترد ، وما أذاه واقع موقعه . وإن قلنا : لا يلاقيه الوجوب ، فيسترد ما أذاه ، وليس للمجني عليه إلا مطالبة العاقلة » .

(١٠) في (أ) : « أما الإبل » . (١١) في (أ) : « لوزادت » .

(١٢) في (أ) : « أو نقصت » . (١٣) في (أ) : « إذا كانت » .

تُضْرَب في ثلاث سنين .

ودية اليهودي والنصراني في سنة [واحدة] ^(١) ، ودية المرأة في سنتين ، ودية المجوسي وغرة الجنين في سنة واحدة ؛ لأنَّ السنة لا تتجزأ .

فروع

الأول : لو قتل واحدًا ثلاثة ، واجتمع على عاقلته ثلاثمائة من الإبل : فمنهم من قال : إنَّ نظرنا إلى القدر ، فتضرب هنا ^(٢) في تسع سنين ، وإن نظرنا إلى النفس فوجهان ؛ إذ لا يعدُّ أن تزيد النفوس المتعددة على نفس واحدة . ومنهم من عكس وقال : إنَّ نظرنا إلى النفس ففي ثلاث سنين ، وإن نظرنا إلى القدر فوجهان ، ووجه الاقتصار : أنَّ كل دية متميزة عن غيرها ، وآجال الديون المختلفة تتساوى ولا تتعاقب .

فإنَّ ضَرْبنا في تسع سنين ، فإذا تمت السنة الأولى أُخِذَ ثلث دية واحدة ووزع ^(٣) على أولياء القتلى . وكذا آخر كل سنة .

فإن اختلف ابتداء التواريخ : فإذا تمَّ حَوْلُ الأول أخذ ثلث الدية وسُلِّمَ إلى وليِّ القاتل الأول ، فإذا تمَّ حَوْلُ الثاني ثم حَوْلُ الثالث فكذلك يُفْعَلُ ؛ ^(٤) فيتمَّ ثلث دية واحدة في ثلاثة أوقات ، وهكذا نفعل ^(٤) في تسع سنين .

الثاني : ثلاثة قتلوا واحدًا ، فالصحيح : أنَّ الدية تُضْرَب على العواقل ، على كل عاقلة ثلثها ، ويؤدَّى ذلك الثلث في ثلاث سنين ، وكأنهم عاقلة واحدة ؛ لأنَّ المستحق واحد . وقيل : تُضْرَب في سنة ؛ نظرًا إلى المستحق عليه .

الثالث : دية إحدى يدي المسلم ، تُضْرَب في سنتين ؛ إذ لم يكمل القدر ولا هو بدل النفس . ودية اليدين كدية النفس من كل إنسان ، ودية يدي المرأة كنفسها . ولو قَطَعَ يَدَي رجل ورجليه فوجهان :

(٢) في الأصل « هذا » .

(١) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « ووزعت » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

أحدهما: أنه^(١) تُضْرَب في ست سنين، وهو نظر إلى القَدْرِ، وَمَنْ نظر إلى النفس شَبَّهَ هذا بنفسين^(٢) وقد ذكرنا فيه وجهين، وفي الأطراف وجه: أَنَّ بدلها كيفما كان تُضْرَب في سنة واحدة، وهو بعيد.

الرابع: من مات في أثناء السنة - أو أَعْسَرَ في آخر السنة - فكأنه لم يكن ولا يلزمه شيء من حصة تلك السنة؛ تشبيهاً له بتلف نصاب الزكاة في أثناء الحول.

والذممي إذا مات في أثناء الحول، ففي حصته من الجزية وجهان؛ لأنَّ فيه مشابهة الأجرة.

الخامس: غيبة بعض العصابات في آخر الحول، هل يكون كعدمهم؟، فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ إذ يعسر تحصيلها منهم، فتضرب على الباقيين، وعلى^(٣) هذا، تعتبر غيبة لا يمكن تحصيل المال بالمكاتب إلى القاضي في مدة سنة.

والثاني: أنه تُضْرَب عليه وتُحْصَل على حسب الإمكان، وهو القياس.

السادس: أول الحول يُحْسَب من وقت الرفع إلى القاضي، سواء شَعَر به^(٤) العاقل أو لم تشعر، ولم يُحْسَب من وقت الجناية؛ لأن هذه مدة تُنَاط بالاجتهاد.

ولو رُفِعَت جناية إلى القاضي، ثم تولد^(٥) سرية بعد الرفع، فأرُش السراية ولا يُحْسَب^(٦) من وقت الجناية، بل من وقت السراية^(٧).

(١) في (أ): «أنها» . (٢) في (أ): «بنفس» .

(٣) في (أ): «فعلى» . (٤) في (أ): «سواء شعرت به» .

(٥) في (أ): «ثم تولدت» . (٦) في (أ): «لا يحتسب» .

(٧) قال الحموي: «قوله: (السادس: أول الحول: يحسب من وقت الرفع إلى القاضي، سواء شعرت به العاقل أو لم يشعروا، ولم يُحْسَب من وقت الجناية؛ لأن هذه مدة تناط بالاجتهاد، ولو رُفِعَت جناية إلى الحاكم ثم تولدت منها سرية بعد الرفع، فأرُش السراية لا يحتسب من وقت الجناية بل من وقت السراية)» .

قلت: ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال؛ فإن الذي ذكره الإمام عن أبي حنيفة أن أول الحول يحتسب من وقت الرفع إلى الحاكم على ما ذكره الشيخ، فاعتبر الحول من وقت الموت في النفس، وفي الطرف من وقت الجناية إن لم تُشَر، وإن سرت فمن وقت الإندمال، هذا مع أن الشيخ ذكر في كتاب «الخلاصة» خلافه على ما ذكره الأصحاب.

قلت: أمكن أن يقال: هذه المسألة فيها خلاف، فإن كل مسألة مجتهد فيها [فيها] خلاف، كالفسخ في الإعسار بالنفقة فإنه يتوقف على الحاكم على وجه، وكذلك في فسخه في التحالف، وإذا كان كذلك كان فيه =

السابع : إذا جنى العبدُ ، فأرْشُهُ يتعلَّق برقبته ، ولا يتعلَّق بسيده ولا بعاقلته . وهل يتعلَّق بدمته حتى يُطالَب بعد العتق ؟ فيه قولان ، والأقيس : أن^(١) يتعلَّق به .

ثم هل يصح ضمائنه ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : ضَعُفُ هذا التعلُّق^(٢) .

[والأصح : صحته ؛ كما في المعسر]^(٣) . ومعني التعلُّق برقبته : أن يُباع ويُصرف ثمنه إلى الجناية . فلو منع السيد واختار الفداء فله ذلك ، وفي الواجب عليه قولان :

أحدهما : أقلُّ الأمرين من الأرض أو قيمة العبد ؛ لأنه لم يمنع إلا من العبد .

والثاني : يلزمه كمالُ الأرض ؛ لأنَّ المجني عليه [ربما]^(٤) يقول : ربما أجد زبوناً يشتري بالزيادة .

فعلى هذا ، لو قتل السيد^(٥) - أو أعتقه - اقتصر منه على القيمة في أحد الوجهين كما لو قتل الأجنبي^(٦) ؛ إذ فات الطمع في الزبون . وقيل : يلزمه كمالُ الأرض كما^(٧) إذا أَمْسَكَه .

وإن جنت المستولدة ، فالسيد يمانع بالاستيلاد السابق ؛ فعليه أقلُّ الأمرين ؛ إذ لا طمع في زبون يشتري . وقيل بطرد القولين .

فلو جنت المستولدة مراراً ولم يتخلل الفداء فهي كجنائية واحدة ؛ فتُجمع ويلزم السيد أقلُّ الأمرين . وإن تخلل الفداء فهذا في القرن يقتضي فداءً جديداً ؛ لأنه مانع بمنع جديد . وفي المستولدة قولان ؛ لأن المنع مُتَّحِدٌ ، فإن قلنا : لا يتكرر الفداء ، فَيُشْتَرَد ما سُلِّم إلى الأول وَيُوزَع

= خلاف ، وكون الأصحاب لم يذكروه لا ينفي جوازَه ، وَيَعْضُدُ ما قلناه أن قائلًا لو قال : ما الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكرناه من الخلاف في غيره ، لما ظهر بينهما فرقٌ قادح ، هذا مع احتمال على أنه أطلع على نقل فيه ولم نشاهده ، وإن لم يطالع عليه كان ذلك استنباطاً منه ، فهو متجه ؛ إذ لو كان الأمر على خلاف ما ذكرت لكان يعتقد فيه أن يُثْبِت شيئاً في « الخلاصة » ويذكر خلافاً من غير تعقُّل ذلك وفَهْمِه ، وذلك لا يُعْتَقَد فيمن ليس بمائلاً له فكيف به (رحمه الله) ؟ فإن دقائق الفقه لا تخفى عليه فكيف بظواهرها ؟ وطريق ذلك ما ذكرناه من الجواب . [إشكالات الوسيط (ق ١٧١ / أ ، ١٧١ / ب) .

(١) في (أ) : « أنه » . (٢) في (أ) : « التعليق » .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة « السيد » ساقطة من (أ) ، (ب) . (٦) في (أ) ، (ب) : « أجنبي » .

(٧) قوله : (كما) ساقط من (أ) .

عليهما ، ولا يُستبعد هذا كما لو حفر بئراً فتردّى فيه إنسان فُصِرَتْ ^(١) تركته إلى ضمانه ،
فتردى [فيه إنسان] ^(٢) آخر/ فإنه يُسترد ويُوزع .

ب/٢٤٥

فرع : لو قال السيد : ^(٣) اخترتُ فداء العبد ^(٤) ، فهل يلزمه أم يتبقى على حريته ^(٥) ؟ فيه وجهان .
ولو وطئ الجارية الجانية ، هل يكون اختياراً للفداء كالوطء في زمان الخيار ؟ فيه وجهان ،
والأصح : أنه يبقى على خيرته ما لم يُرد ^(٥) الفداء ، وأنّ الوطأ لا يكون اختياراً .

* * *

(١) في الأصل : « صرفت » والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « اخترت الفداء للعبد » .

(٤) في (أ) : « على خيرته » .

(٥) غير واضحة في النسخ ، ولعلها كذلك إن شاء الله .

القسم الرابع من الكتاب

في دية الجنين

وقد قضى رسول الله ﷺ بغرة : عبد أو أمة على العاقلة ، فقالوا : كيف نَقْدي ^(١) مَنْ لا شَرِبَ ولا أَكَلَ ، ولا صَاخَ ولا استَهَلَّ ؛ ومثْلُ ذلك يُطَلَّ ^(٢) ، فقال عليه السلام : « أسَجَعًا كَسَجَعِ الجاهلية ؟! وقَضَى بالغرة ^(٣) » .

والنظر فيه في ثلاثة أطراف : الموجِب ، والموجب فيه ، والواجب .

الطرف الأول : في مُوجبِ الغُرّة . وهي جنايةٌ توجب انفصالَ الجنين ميتًا ، فإن انفصل حيًّا ثم مات من أثر الجنائية : وجب ^(٤) دية كاملة ، سواء كانت الحياة مستقرة أو كان حركة المذبوح ^(٥) سواء كان قبل ستة أشهر - ولا تدوم تلك الحياة - أو بعده ^(٦) ؛ لأن الحياة صارت مستيقنةً . بل نزيد فنقول : مَنْ حَزَّ رَقبة مثل هذا الجنين - وهو في حركة المذبوحين ، أو أجهض لدون ستة أشهر - فعليه القصاص ، إلا إذا كان ذلك من أثر جنائية سابقة ، وهو كَفَرَقْنَا بين المريض المشرف على الهلاك وبين قَتْلٍ مَنْ أَشْرَفَ على الهلاك بجناية .

ومهما صار إلى حركة المذبوحين بجناية ، فَحَزَّ غيرُ الجناني رقبته فالدية على الجناني ، وقال

(١) في (أ) : « كيف نَدِي » والمعنى كيف نُعطي الدية ؟ ، يقال : وَدَى القاتِلُ القَتِيلَ ، يَدِيهِ دِيَّةً : إذا أعطى وليه المَالَ الذي هو بدل النفس . وفاء الفعل محذوفة ، ويقال في الأمر منه : دَالِقَتِيلٌ . بدالٍ مكسورة فقط ، أي ادْفَعْ دِيَّتَهُ . انظر المصباح المنير (١٠١٣/٢) .

(٢) أي : يُهْدَر . انظر المصباح (٥٧٦/٢) .

(٣) الحديث رواه مسلم (٣/١٣١٠) (٢٨) كتاب « القسامة » (١١) باب « دية الجنين » (١٦٨٢) . ورواه أبو داود (٤/٦٩٦) حديث (٤٥٦٨) ، والنسائي (٨/٤٩) ، والترمذي (٤/١٧) حديث (١٤١١) بإسنادهم عن المغيرة بن شعبه (رضي الله عنه) مرفوعًا ، ورواه ابن ماجه (٢/٨٨٢) حديث (٢٦٤٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٤) في (أ) : « وجبت » .

(٥) في (أ) : « حركة المذبوح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بعدها » .

المزني (رحمه الله) : لا تتم الدية في جنين انفصل قبل ستة أشهر ولا يجب فيه القصاص ؛ لأنه مَنَعٌ للحياة^(١) لا قَطْعٌ لها ؛ فإن هذه الحياة لا يُتَوَهَّم استقراؤها .

ولو ماتت الأم ولم ينفصل الجنين : فلا غرة ؛ إذ لا تُتَيَقَّن حياة الجنين ولا وجوده . ولو انفصل ميتاً - وهي حية أو ميتة - وجب الغرة^(٢) ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُحَال موته على موت الأم . وعندنا يُحَال كلاهما على الجناية .

ثم اختلفوا في أنّ المعتبر ، انكشاف الجنين أو انفصاله ؟ حتى لو خرج رأسه^(٣) - وماتت الأم كذلك - ففي وجوب الغرة وجهان :

أحدهما : تجب ؛ إذ تحقّق وجوده بالانكشاف .

والثاني : لا ؛ إذ لم ينفصل .

^(٤) وكذا لو قُذِّت المرأة بنصفين^(٥) وشاهدنا الجنين في بطنها فهو على هذين الوجهين .

^(٥) وعلى هذا ، لو خرج رأسه وصاح فَخَزَّت رقبته^(٦) ففي وجوب القصاص وجهان ؛ بناءً على أن هذا الانفصال هل يُعْتَدُّ به ؟ . ولو أَلْقَتْ يداً واحدة وماتت ولم تُلْقِ شيئاً آخر : وجبت الغرة ؛ إذ تَيَقَّن وجود الجنين بانفصال العضو . ولو أَلْقَتْ رأسين^(٧) أو أربعة أيدي^(٨) لم نزد على غرة واحدة ؛ لاحتمال أن يكون الجنين واحداً . ولو أَلْقَتْ بدنين ففرتان . وقد أخبر الشافعي (رضي الله عنه) بامرأة لها رأسان ، فنكحها بمائة دينار ونَظَرَ إليها وطلقها^(٩) . ولو أَلْقَتْ

(١) في الأصل : « منع الحياة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « وجبت الغرة » . (٣) في (أ) : « لو أخرج رأسه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذا لو قُذِّت المرأة بنصفين » . (٥) في (أ) : « لو أخرج رأسه ، وصاح فَخَزَّت رقبته » .

(٦) في (أ) : « أو أربع أيدي » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (ولو أَلْقَتْ رأسين أو أربع أيدي لم نزد على غرة واحدة ؛ لاحتمال أن يكون الجنين واحداً... ثم قال : ولو أَلْقَتْ بدنين ففرتان . وقد أخبر الشافعي (رضي الله عنه) أن امرأة لها رأسان فنكحها على دينار ثم طلقها) .

قلت : ذكر الشيخ أنها لو أَلْقَتْ رأسين لم يزد على غرة واحدة ، ثم ذكر أنها لو أَلْقَتْ بدنين ففرتان ، ثم ذكر أن الشافعي (رحمه الله) تزوج بامرأة لها رأسان ، ولا شك بأن هذا الاستشهاد المذكور لا يُوجِبُ إلا غرة واحدة على ما ذكر أولاً ، ولو كان كذلك لم يكن فيه استشهاد على البدنين ، وإنما اختص بالأولى كما لا يخفى . =

جنيئًا ميتًا سليمَ اليدين لم نَرِدْ على غُرة ؛ لاحتمالِ أنها كانت زائدةً فسقطت وانمحي أثرها ^(١) .
ولو انفصل [جنين] ^(٢) حيًا ساقطَ اليدين وجبت ديةٌ تامةٌ . وإن كان صحيحَ اليدين
وألقت معه يدًا : وجبت حكومةً لتلك اليد . فإن قيل : ^(٣) فلو تنازع المرأة والجاني ^(٤) ؟ قلنا : إن
تنازعا في أصل الجناية أو الإجهاض ، فالقولُ قوله ولا يثبت الإجهاضُ إلا بشهادة القوابل .
^(٥) وإن اعترف بها ^(٦) ، ولكن قال : لم يكن الإجهاضُ بالجناية : فإن كانت متألِّمة ذات فراشٍ إلى
الإجهاض فالقولُ قولها ، وإلا فهو نزاع في سراية الجراحة ^(٧) .

ولو سلّم جميع ذلك ، ولكن قالت المرأة : انفصل حيّاثم مات ؛ فعليك كمالُ الدية ، وقال
الجاني : بل انفصل ميتًا فعليّ غُرة ^(٨) ، فالقولُ قوله ، وعليها إثباتُ الحياة ، وثبتت بشهادة النسوة
وإن لم تُدْمِ الحياة ؛ لأن شهادة الرجال لا تتمكن .

ولو سلّم الانفصالَ حيًا بالجناية ولكن قال : مات بسبب آخر أو مات بالطلق : فإن لم يكن
على الجنين أثر الحياة ^(٩) فالقولُ قوله ؛ إذ الطلقُ سببٌ ظاهر ، وإن كان عليه أثر الحياة ^(١٠) فالقولُ قولها .
الطرف الثاني : في الموجب فيه . وهو الجنين ، ونعني به ما بدأ فيه التخطيطُ والتخليقُ ولو
في طرفٍ من الأطراف على وجهٍ تُدرِكُه القوابلُ وإن لم يدركه غيرُهنَّ .

فإن أسقط ^(١١) قبل التخطيط مضغةً أو علقَةً ، لم يلزمه به شيء على الأصح .

هذا في أصل الجنين .

= قلت : وإن كان كذلك إلا أنه يصلح أن يستشهد أيضًا في الثانية ؛ فإنه لما ذكر أولاً احتمالَ أن يكون الجنينُ له
رأسان كأنَّ قائلًا يقول : من أين وقع هذا في العادة ؟ فأخبر من الشافعي ذلك ، وإذا كان كذلك كان استشهاده
لأوّلَى ، ويلزم من ذلك انتفاؤه بالنسبة إلى الثانية ، فيكون على هذا التقدير فيه غرتان من حيث إنه تصوّر في العادة من له رأسان
ولم يتصور في البدن ؛ فإننا لم نشاهدهما ولم نسمع وقوعهما . إشكالات الوسيط (ق ١٧٠ ب ، ١٧١ أ) .

(١) في (أ) : « وانمحي أثرها » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لو تنازع الجاني والمرأة » . (٤) في (أ) : « وإن اعترفت بهما » .

(٥) في (أ) : « الجناية » . (٦) في (أ) : « وعليّ غُرة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أثر الجناية » . (٨) في (أ) : « أثر الجناية » .

(٩) في (أ) : « فإن أسقطت »

أما صفته : فإن كان حرًا مسلمًا ففيه غرة ؛ إذ فيه وَرَدَ الخبرُ . وإن كان كافرًا فثلاثة أوجه :
أحدها : أنه لا يجب شيء ؛ إذ في إيجابه تسوية بينه وبين المسلم ، والتجزئة غير ممكن ؛ لأنَّ
قيمة الغرة غير مقدرة .

والثاني : أنه يجب / ثلث الغرة ^(١) ، وفي الجنين المجوسي ثلثُ خمسِ الغرة ، وهؤلاء ٦٤٦/٢
يقولون : ولتكن قيمة الغرة ما تساوي خمسًا من الإبل أو خمسين دينارًا .
والثالث : أنه تجب الغرة ولانبالي بالتسوية .

(١) في (أ) ، (ب) : « ثلث الدية » .

فرعان على قولنا بالتفاوت

أحدهما : ^(١) المتولد من نصراني أو مجوسي ^(٢) فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : ^(٣) أنا نأخذ بأخف الديتين ^(٤) .

والآخر : أنا نأخذ بالأغلظ .

والثالث : أنا نعتبر جانب الأب .

الفرع الثاني : أن المرعي حالة الانفصال في المقدار ، فلو جنى على ذمية فأسلمت وأجهضت ، فالواجب غرة كاملة ، وكذلك في طرآن العتق . ولو جنى على بطن حرية فأسلمت وأجهضت ، ففي أصل ضمان الجنين وجهان يُضاهي الوجهين فيما إذا رمى إلى حربي فأسلم قبل الإصابة ، وكأن وصول الجناية إلى الجنين بالانفصال .

أما الجنين الرقيق ، فلا يكون إلا في بطن الرقيقة ، وفيه - إذا سقط ميتاً بالجناية - عُشر قيمة الأم ، فإن بدل الغرة خمس من الإبل وهي عشر الخمسين التي هي دية الأم . وجراح الرقيق من قيمته كجراح الحر من ديته .

وهذا قد يُفْضِي إلى تفضيل الميت على الحي ، إذ لو أسقط حيّاً ^(٥) ، ثم مات ^(٦) ربما لم يلزم إلا دينار ^(٧) ، وهو قيمته ، وإذا سقط ميتاً فَعُشْرُ قيمة الأم ، وربما كان مائة ، لكن سلك ^(٨) في هذا الاعتبار به مَسْلُكُ الأعضاء ، فلا يقاس بحال الاستقلال ، ومع هذا ، فالواجب مثل عشر قيمة الأم ، لا عُشْرُ قيمة الأم ، ولذلك يُصْرَف إلى ورثة الجنين ، ولا تختص الأم باستحقاقها .

ثم إنما يُزَعَى قيمة الأم عند الجناية ؛ لأنه ^(٩) أغلظ الأحوال كما إذا جنى على عبد فمات بالسراية ، إذ يلزم أقصى القيم ^(١٠) من وقت الجناية إلى الموت ، وقال المزني (رحمه الله) : يُعتبر وقت الانفصال كما في خُرْجته وإسلامه .

(١) في (أ) ، (ب) : « المتولد من نصراني ومجوسية » . (٢) في (أ) : « أنها تأخذ بالأخف من الديتين » .

(٣) في (أ) : « سقط حيّاً » . (٤) في (أ) : « ربما لم تكن قيمته إلا ديناراً » .

(٥) في (أ) : « يُسَلَك » . (٦) في (أ) : « لأنها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أقصى القيمة » .

فرعان

الأول : إذا انفصل جنين ^(١) الرقيق سليماً ، والأُم مقطوعة الأطراف ، فوجهان :

أحدهما : أننا نوجب عشر قيمة الأم سليمة الأطراف ونكسوها صفة السلامة تقديرًا كما نكسوها الحرية والإسلام إذا كان الجنين حرًا مسلمًا .

والثاني : أن السلامة لا تُقدر ؛ لأنه أَمَرُ خلقي ، ولأنَّ سلامة أطراف الجنين لا يُوثق بها ، بخلاف الحرية والإسلام . فلو كان الجنين ناقص الأطراف فتقدير نقصان الأم أبعد ؛ إذ ربما نقص الجنين بالجنابة .

الثاني : خلف رجلٌ زوجته حاملًا ، وأُخًا لأب ، وعبدًا قيمته عشرون [دينارًا] ^(٢) ، فجنى العبدُ على بطنها فأجهضت ، وتعلّق ^(٣) برقبته غرة قيمتها ستون [دينارًا] ^(٤) : فالمرأة تستحق من الغرة ثلثًا وهو عشرون ، فقد ضاع منه ^(٥) الربع ؛ إذ ربع الجاني ملُكها ، ولا يستحق المالك على ملك نفسه شيئًا ، وثلاثة أرباع حقها - وهو خمسة عشر ^(٦) - تتعلق بنصيب الأخ ، ونصيبه يساوي خمسة عشر ، فإن له ثلاثة أرباع العبد . وأما الأخ استحق ^(٧) ثلثي الغرة وهي ^(٨) أربعون ، ^(٩) وضاع ثلاثة أرباعه ، لأنَّ ثلاثة أرباع الجاني ملكه ^(٩) ، فيبقى سدس الغرة متعلقة بنصيب المرأة ، ونصيبها ربع العبد وهو خمسة ، فإذا سلم العبد ضاع الخمسة الفاضلة . وعلى هذا تُقاس ^(١٠) جناية العبد المشترك على المال المشترك بين سيّديه إذا كان بين الحصتين تفاوتٌ ، إما في العبد والمال أو في أحدهما .

الطرف الثالث : في صفة الغرة . ويُزعى فيه ^(١١) ثلاثة أمور :

- | | |
|--|-----------------------------------|
| (١) في (أ) : « الجنين » . | (٢) زيادة من (أ) ، (ب) . |
| (٣) في (أ) : « فتعلّق » . | (٤) زيادة من (أ) ، (ب) . |
| (٥) في (أ) : « منها » . | (٦) في (أ) : « وهي الخمسة عشر » . |
| (٧) في (أ) : « يستحق » . | (٨) في (أ) : « وهو » . |
| (٩) في (أ) : « وضاع ثلاثة أرباع الجاني ؛ لأنه ملكه » . | |
| (١٠) في (أ) : « وعلى هذا القياس » . | (١١) في (أ) : « ويرعى فيها » . |

الأول : السلامة من كل عيب يُثبت الردُّ في البيع . ولا تراعى خصال الضحايا والكفارة ؛ لأنَّ هذا جَبْرٌ مالي .

الثاني : السنّ ، ولا يُقبل ما دون سبع أو ثمان ؛ لأنَّه كَلٌّ على آخذه ، وفي جهة الكبير لا يؤخذ ما جاوز العشرين في الجارية ^(١) وجاوز الخمسة عشر في الغلام ^(٢) ؛ لأنَّه لا يُعد من الخيار الغرّ ، والواجبُ غرةٌ : عبد أو أمة . وقيل : المانع في جهة الكبير هو الهرم المضعف للمنة ^(٣) .

الثالث : نفاسة القيمة ، وفيه وجهان :

أحدهما : لا يُعتبر ، بل السليم من هذا السنّ يُقبل وإن كان ^(٤) قيمته دينارًا .

والثاني : لا يقبل إلا ما تعدل قيمته خَمْسًا ^(٥) من الإبل ، أو خمسين دينارًا ، فإن الخمس من الإبل يُرجع إليه عند عدم الغرة ولا ينقص المبدل عن البدل ، ولأنَّه لو لم يتقدَّر لَعَسَرُ الفرق ^(٦) بين المسلم والكافر ^(٧) كما سبق .

فإن قيل : فلو فقدت الغرة ؟ قلنا : في بدلها قولان :

الجديد : أنه خمس من الإبل ، ولا يمكن أن يُعرف هذا إلا بالتوقيف ، ولعله وَرَدَ ؛ إذ هو مأخوذٌ ومُعْتَمَدُ الفريقين في النسبة في الجنين الرقيق . فإن فقدت الإبل [أيضًا] ^(٨) فهو كإبل الدية ^(٩) .
والقول القديم : أن بدل الغرة قيمتها . فإن قيل : فالغرة لِمَنْ ، وعلى مَنْ ؟ ، قلنا : لوارث الجنين ، وهو الأم والعصبة . وعلى عاقلة الجاني [ولا يمكن أن تكون على الجاني] ^(١٠) ، لأنَّ العمدَ غير متصوّر فيه ؛ إذ لا يتيقن جناية بحال . فإن كان عدد / العاقلة لا يفي إلا بالنصف ، ٢٤٦/ فعليهم نصفُ قيمة الغرة ، لا قيمةُ نصفِ الغرة ، وبينهما فَرْقٌ ؛ إذ الغرة ربما تَشَوَّى أُلْفًا ، والنصف يُؤخذ بأربعمائة ، فالواجبُ خُمسمائة كاملة ، وهو نصف الكل .

(٢) المنة : القوة . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٩٨) .

(١) في (أ) : « والخمسة عشر في الغلام » .

(٤) في الأصل : « خمس » .

(٣) في (أ) : « وإن كانت » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « بين الكافر والمسلم » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فهي كإبل الدية » .

فرع : إذا بقي على الأم شئٌ وجراحةٌ ، ضُمَّ إلى الغرة حكومةً لها ، فإن لم يكن إلا الألم اندرج تحت الغرة .

هذا ^(١) تمام النظر في الدية والقصاص من موجبات القتل ، فلنذكر الموجب الثالث وهي الكفارة ^(٢) .

* * *

،

(٢) في (أ) : « وهو الكفارة » .

(١) في (أ) : « وهذا » .

كتاب كفارة القتل

وهي تحرير رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصوم شهرين، ^(١) ولا مدخل للطعام فيه ^(٢)، ولا يقاس على كفارة الظهار؛ لأن الآية فصلت الأمرين جميعاً ^(٣)، وفرق بينهما ^(٤)، لا كالرقبة في الظهار، فإنها أطلقت، فجاز أن يقاس على النص ^(٥) في القتل. وحكى صاحب «التقريب» وجهاً في القتل: أن الإطعام يثبت فيه قياساً على الظهار.

ثم [على] ^(٥) المذهب، لو مات قبل الصوم ^(٦)، فيخرج عن كل يوم مد، لا بطريق كون الإطعام بدلاً لكن كما يخرج عن صوم رمضان.

هذا صفة الواجب، فأما الموجب فأركائه ثلاثة: القتل، والقاتل، والقتيل.

أما القتل: فهو كل قتل غير مباح، فتجب بالسبب والمباشرة، وحفر البئر، والخطأ والعمد، ولا تجب في قتل الصائل والباغي ومن عليه القصاص، والرجم؛ لأنه مباح، والخطأ ليس بمباح وإن لم يكن محرماً أيضاً.

وأما القاتل: ^(٧) فشرطه أن يكون ملتزماً حياً ^(٨)، فلا تجب على الحربي، وتجب على الذمي ^(٩) والصبي والمجنون ^(١٠).

ولو جامع الصبي في نهار رمضان فلا كفارة؛ إذ لا عدوان، والعدوان ليس بشرط في القتل. وفي كفارات الإحرام وجهان؛ لأنها نتيجة عبادة بدنية [وقد صحت منه العبادة

(١) في (أ): «ولا يدخل الطعام فيها».

(٢) وآية كفارة القتل، هي قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً، وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾. الآية [٩٢: النساء]. وآية كفارة الظهار هي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا...﴾ الآيةان [٤، ٣: المجادلة].

(٣) في (أ): «وفرت بينهما».

(٤) في (أ): «على المفصل».

(٥) زيادة من (أ).

(٦) في (أ)، (ب): «الصيام».

(٧) في (أ)، (ب): «فشرطه أن يكون حياً ملتزماً لأحكام الإسلام».

(٨) في (أ): «والمجنون والصبي».

البدنية [(١)]. وفي صحة صومه عن الكفارة قبل البلوغ وجهان ؛ (٢) لأنها عبادة بدنية ، ولكن لزم في الصبي (٣) .

وأما « الحي » فاحترزنا به عن حفر بئرا فتردى فيها بعد موته إنسان ، ففي وجوب الكفارة في تركته وجهان ، ووجه الإسقاط : أن الكفارة عبادة بدنية فلا يُنشأ وجوبها بعد الموت . وعليه ينبنى الخلاف في أن مَنْ قتل نفسه ، هل تُخرج كفارته من تركته ؟ ، ولعلّبت شائبة العبادة قضينا بأن جماعة إذا اشتركوا في قتل واحد ، فعلى كل واحد كفارة كاملة . وفيه وجه : أنها تنجز كما في [جزاء] (٣) الصيد .

أما القتل : فشرطه أن يكون آدمياً معصوماً ، والجنين آدمي . وخرج منه الأطراف والبهائم ، ودخل تحت المعصوم الذمي والمعاهد . والعبد إذا قتله السيد لزمته الكفارة .
وخرج منه الحربي والنساء والذراري من الكفار ؛ إذ لا عاصم ، والامتناع من قتلهم لمصلحة المال .

ودخل تحته المسلم في دار الحرب كيفما قُتل . نعم ، الدية قد تشقّط قطعاً مهما رمى إلى الكفار ولم يعلم أنّ فيهم مسلماً فأصاب مسلماً . ولو علم أن فيهم مسلماً ، وقصد الكافر فأصاب المسلم ، وجبت الدية قطعاً . ولو قصد شخصاً معيناً ظنّه كافراً - وكان قد أسلم قبله وبقي على زي الكفار - ففي الدية قولان ، وطرد الشيخ أبو محمد القولين فيما إذا علم أنّ فيهم مسلماً ولكن مال السهم إلى غير مَنْ قَصَدَ .

هذا تمام النظر في موجبات القتل ، فلنخصّ في الحجج المثبتة له كتاب « دعوى الدم ، والقسامة ، والشهادة فيه » .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) « لأن الصوم عبادة بدنية ، ولكن لزم الصبي » .

(٣) زيادة من (أ) .

كتاب
دَعْوَى الدِّمِ ، وَالْقَسَامَةِ (١) ، وَالشَّهَادَةِ فِيهِ

(١) القسامة لغةً : مصدر ، بمعنى « القسم » أي : اليمين . وشرعاً : هي الأيمان =

فهذه ثلاثة أمور :

الأول : الدعوى . ولها خمسة شروط :

الأول : أن تكون متعلّقة^(١) بشخص معين ؛ فلو قال^(٢) : قُتِلَ أبي ، لم تُسمع . ولو قال : قَتَلَ هؤلاء جميعًا ، وتُصوّر اجتماعهم على القتل : قُيِّلَ .^(٣) ولو قال : أحد هؤلاء العشرة^(٤) ، ولا أعرف عيّنهُ ، فوجهان :

أحدهما : لا تُسمع ؛ للإبهام^(٥) .

والثاني : تُسمع ؛ للحاجة^(٦) ولا ضرر على المدعى عليه^(٧) ، بل كل واحد يُقدر على يمين

= المكررة في دعوى القتل ، وهي خمسون يمينًا من خمسين رجلًا ، يُقسمها - عند الحنفية - أهل المحلة التي وُجِدَ فيها القتل ، ويتخيرهم وليّ الدم ؛ لإنفي تهمة القتل عن المتهم ، فيحلف الواحد منهم : بالله ما قتله ولا علمتُ له قاتلا .

وعند الجمهور : يحلفها أولياء القتل لإثبات تهمة القتل على الجاني ، بأن يحلف كل واحد منهم : بالله الذي لا إله إلا هو ، لقد ضربه فلانٌ فمات ، أو لقد قتله فلانٌ .

فإن نكل بعضهم - أي بعض ورثة القتل - عن اليمين ، حلف الباقي جميع الأيمان ، وأخذ حصته من الدية . وإن نكل الكل ، أو لم يكن هناك لوث - وهي قرينة القتل أو وجود عداوة ظاهرة بين القاتل والمتهمين بقتله : ترد اليمين على المدعى عليه ليحلف أولياؤه خمسين يمينًا . فإن لم يكن له أولياء ، حلف المتهم الخمسين يمينًا ، ويرى . انظر التشريع الإسلامي الجنائي للشهيد عبد القادر عودة (٣٢٢/٢) ، الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٣٩٣/٦ ، ٣٩٤) .

(١) في الأصل : « متعلقا » والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « ولو قال » .

(٣) في (أ) : « ولو قالوا : قتله واحدٌ من هؤلاء العشرة » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣/١٠) .

(٥) في الأصل : « ولا ضرر للمدعى عليه » والمثبت من (أ) .

صادقة ، لكنهم لو نكلوا بأجمعهم ^(١) أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة .

والوجهان يجريان في دعوى الغصب ^(٢) والإتلاف والسرقة ، ولا يجري في الإقرار ^(٣) والبيع إذا قال : نسيت ؛ لأنه مقصر . وقيل : يجري في المعاملات . وقيل : لا يجري إلا في الدم .

الثاني : أن تكون الدعوى مُفْصَلة في كَوْن القتل عمداً أو خطأ ، انفراداً أو شركة ، فإنَّ أجمل دعواه : استَقْصَلَ القاضي ، وقيل : يُعْرِض عنه ؛ لأن الاستفصال تلقين ، وهو ضعيف .

فرع : لو قال : قَتَلَ هذا أُنِي مع جماعة ، ولم يذكر عددهم : ^(٤) فإن كان مطلوبه المال لم تصحَّ الدعوى ^(٥) ؛ لأن حصة المدعى عليه إنما تبين ^(٥) بحصة الشركاء ^(٥) . وإن كان مطلوبه الدم ، وقلنا : يوجبُ العمدُ ^(٦) القودَ المحضَ / فالظاهرُ صحته .

وإن قلنا : أحدهما لا بعينه ، فوجهان .

الثالث : أن يكونَ المدعي مُكلفاً ملتزماً حالة الدعوى ، وكوْنه صبيّاً أو مجنوناً أو جنيناً حالة القتل لا يضره ؛ إذ يُعرف ذلك بالتَّسَامُع .

الرابع ^(٧) أن يكونَ المدَّعى عليه مكلفاً ^(٧) ؛ فلا دعوى على صبيٍّ ولا مجنون . وتصحُّ الدعوى على السفیه فيما ينفذ به ^(٨) إقراره كالقصاص . ويأقراره ^(٩) بإتلاف المال قولان .

(١) النكول عن اليمين : هو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٤٨٨) .

(٢) في الأصل : « والوجهان الجريان ... » . وفي (أ) : « والوجهان في دعوى الغصب » .

(٣) في (أ) : « الإقراض » .

(٤) في (أ) : « فإن كان يريد المال ، لم تُسمع الدعوى » .

(٥) في (أ) : « بالتوزيع على الشركاء » .

(٦) في (أ) : « موجب العمد » .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٨) في (أ) : « فيه » .

(٩) في (أ) : « وفي إقراره » .

فإن رددناه^(١) سمعنا الدعوى لئِنْكَرَ فيقيم البينة . وهل تُعرض اليمين إذا أنكر ؟ إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبينة : تُعرض عليه رجاء النكول . وإن قلنا : ^(٢) كالإقرار ^(٣) ، فلا فائدة في نكوله . ولكن هل تُعرض اليمين ؛ فَعَسَاهُ يحلف فتقطع ^(٤) الخصومة في الحال ؟ فيه وجهان ، الأصح : أنه تُعرض .

الخامس : أن تنفك الدعوى عما يُكذَّبها ، فلو ادعى على شخص أنه مُنفرد بِقَتْلِ أبي ، ثم ادعى على غيره بأنه شريك : لم تُسمع الثانية ؛ لأن الأولى تُكذِّبه ^(٥) . فإن ^(٦) أقر الثاني ، وقال المدعي : كذبت في الأولى ، أو أخطأت ^(٧) ، فالصحيح : أن له مؤاخذته ؛ لأن الغلط ممكن والحق لا يعدوهما .

ولو ادعى العمدَ واشتَقَّسِرَ ^(٨) فَذَكَرَ ما ليس بعمدٍ ، ففي بُطلانِ دعواه لأصلِ القتل وجهان ، الأظهر : أنه لا تبطل ؛ لأن الكذب في التفصيل ليس من ضروره ^(٩) الكذب في الأصل .

ولو قال : ظلمته ^(١٠) فيما أخذت ، فَتَسْتَفْصِلُهُ ، فإن قال : كنتُ كاذبًا في دعواي ، استردَّ المأل . وإن قال : أخذت بالقسامة وأنا حَتَفِي ، لا يُشترَد ؛ إذ لا يُعتبر في الأحكام رأْيُ الخصمين بل رأْيُ الحاكم .

* * *

-
- | | |
|---|--------------------------------|
| (١) في (أ) : « فإن رددنا » . | (٢) في (أ) : « لا ، كإقرار » . |
| (٣) في (أ) : « فتقطع » . | (٤) في (أ) : « تكذبها » . |
| (٥) في (أ) : « فلو » . | (٦) في (أ) : « وأخطأت » . |
| (٧) أي طُلب منه أن يُفَسِّرَ هذا الوصف . | |
| (٨) في (أ) : « ليس من ضرورته » وهو أوضح . | |
| (٩) في (أ) : « ظلمت » . | |

النظر الثاني

في القسامة

والنظر في أربعة أركان :

الأول : بيان مَظَنَّتِهِ ^(١) . وهو قَتْلُ الْحَرْ في محلِّ اللوث ؛ فلا قسامة في الأموال والأطراف ؛ لأنَّ البدايةَ بالمدعي وتعيدُ اليمين خمسين : خارجٌ عن القياس ثَبَتَ لحرمة الدم ؛ فلا يُقاس عليه الطرف والمال . وفي قتل العبد قولان ؛ لتردُّده ^(٢) بين الدم والمال ^(٣) . وإذا جرح مسلماً فارتدَّ ومات وقتلنا : الواجب بعضُ الدية ، جَرَتِ القسامة فيه ؛ لأنه بعضُ بدلِ الدم . وأما اللوث ، فنعني به علامةٌ تُغَلَّبُ على الظنِّ صِدْقَ المدعي ، وهو نوعان : قرينةٌ حال ، وإخبار .

أما الحال : فهو أن يُصادَفَ قتيلاً في محلِّة بينه وبينهم عداوةٌ ، أو دخل عليهم ضيفاً فَوُجِدَ قتيلاً ، أو تَفَرَّقَ جماعةٌ محصورون عن قتيلا ، أو تَفَرَّقَ صفان متقاتلان عن قتيلا في صف الخصم ، أو وُجِدَ قتيلاً في الصحراء وعلى رأسه رجلٌ ومعه سكين مُتَضَمِّخٌ بالدم ^(٤) ، فهذا وأمثاله هو اللوث . وقولُ المَجْرُوحِ : قَتَلَنِي فلانٌ ، ليس بلوث ؛ لأنه مُدَّعٍ ، خلافاً لما لك (رحمه الله) ^(٥) .

وأما الإخبار ، فشهادةٌ عدلي واحد - تُقْبَلُ شهادته - لوثٌ . وكذا مَنْ تُقْبَلُ روايته على الأقيس . وقيل : لا بُدَّ في النسوان ^(٥) والعبيد من عدد .

(١) في (أ) : « بيان مظنتها » .

(٢) في (أ) : « بين المال والدم » .

(٣) أي متلطخ بالدم . يقال : ضمخه بالطيب فتضمخ ، بمعنى لَطَخَهُ . انظر المصباح المنير (٥٥٥/٢) مادة (ض م خ) .

(٤) انظر الكافي لابن عبد البر ص (٦٠٠) .

(٥) في (أ) : « من النسوان » .

وأما العدد من الصُّبَّةِ والفسقة ، ففيهم خلاف ؛ لأنه يَحْصُلُ بقولهم ظنٌ ، لكن الشرع لا يَلْتَفِتُ إليه ، فيضاهي - من أوجه^(١) - قرينة عدالة المدعي في صِدْقِ لهجته .

وأما مُسْقِطَاتُ اللُوثِ فخمسة :

الأول : أن يتعدَّرَ إظهاره^(٢) عند القاضي ، فلا فائدة فيما ينفرد المدعي بدعواه . نعم ، لو ظهر عند القاضي لوثٌ على جَمْعٍ ، فللمدعي أن يُعَيِّنَ شخصاً منهم ؛ إذ يغشُرُ إثباتُ اللوثِ في المعين ولو كان اللوثُ^(٣) في قَتيلٍ خبيرٍ مُتَعَلِّقاً بجميع اليهود . نعم ، لو قال : القاتلُ واحدٌ منهم ولستُ أعرفه ، لم تمكِّنه القسامة .

فإن^(٤) حلفوا إلا واحداً^(٥) كان نكوله لوثاً ، فيجوز له أن يحلف على تعيينه . فلو نكل جميعهم وأراد أن يعينَ واحداً وزَعَمَ أنه ظهر له الآن لوثٌ معين : ففي تمكينه منه وجهان . وَجْهُ المنع : أنه سبق الاعترافُ منه في الجهل^(٥) .

الثاني : إذا ثبت اللوثُ في أصل القتل - دون كونه خطأً أو عمداً - ففي القسامة على أصل القتل وجهان . وَجْهُ المنع : أن القتل المطلق لا موجب له ؛ فإنَّ العاقلة لا يلزمها شيء مالم يكن خطأً ، والجاني لا يلزمه ما لم يكن عمداً .

الثالث : أن يدعي المدعي عليه كَوْنَهُ غائباً عن البلد عند القتل ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وتُسْقِطُ يمينه أثرُ اللوث .

فإن تعارضت بينتان في حضوره وغَيْبِيَّتِهِ : تساقَطَتَا ، إلا إذا تعرَّض^(٦) بينة الغيبة لعدم الحضور [فقط]^(٧) فيكون ذلك شهادة النفي ، بخلاف ما إذا ذَكَرَ مكانه الذي غاب إليه . ولو كان وَقَّتَ القتل محبوساً أو مريضاً مُدْنِفاً - ولم يمكن كونه قاتلاً إلا على بُعْدٍ - ففي

(١) في (أ) : « من وجه » .

(٢) في (أ) : « إحضاره » .

(٣) كلمة « اللوث » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « فإن نكلوا إلا واحداً » .

(٥) في (أ) : « الجهل » .

(٦) في (أ) : « تعارضت » .

(٧) زيادة من (أ) .

سقوط اللوث به وجهان .

ومهما حُكم بالقسامة ، فأقام بينةً على الغيبة تُقْضَ الحكم ؛ لأنَّ القسامةَ ضعيفةٌ / . ١/٢٤٨

الرابع : لو شهد شاهد بأنَّ فلاناً قَتَلَ أحدَ هذينِ القَتيلين ، لم يكن لوثاً . ولو قال : قَتَلَ هذا القَتيلَ أحدُ هذينِ الرجلين فهو لوثٌ ، هكذا قاله القاضي مُفَرِّقاً بين إِبْهَامِ القاتِل وإِبْهَامِ القَتيل .
وقيل ^(١) بإسقاط اللوث في المسألتين ، والفرقُ أوضح ؛ لأنَّ تعيينَ القاتِلِ غَيْرُ عَسِيرٍ دون تعيينِ القَتيلِ ^(٢) .

الخامس : تَكَاذُبُ الورثة . فلوا دعى أحدُ الاثنين في مجل اللوث ، فكذَّبه الآخرُ ، فيه قولان :

اختيارُ المِزْنِي (رحمه الله) : أن اللوث لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّ للورثة أغراضاً في التَكْذِيبِ والتَصْديقِ .

والثاني : أنه يَبْطُلُ ؛ لأنَّ اللوثَ ضعيفٌ ، وهذا يُضْعِفُ الظنَّ .

فإن قلنا : يبطُل ، فلو قال أحدهما : قَتَلَ أبانا زيدٌ ورجلٌ آخر لا نَعْرِفه . وقال الآخر : قَتَلَهُ عمرو ورجلٌ [آخر] ^(٣) لا نَعْرِفه . فلا تَكَاذُبٌ ^(٤) ؛ ففعلٌ مَنْ لا يَعْرِفه ^(٥) ، هو الذي ادَّعاه أخوه ، إلا أن يُصْرَحَ بِتَقْيِي ما ادَّعاه .

ثم ^(٦) مُدَّعي زيدٌ ^(٧) اعترف بأن الواجب على زيد نصفُ الدية ، وحصتهُ منها الربع ، فلا يطالب إلا بالربع ، وكذا مدعي عمرو .

(١) في (أ) : « ومن الأصحاب من قال : يُنْفَى اللوثُ من الموضعين ؛ لأنهما لم يُثْبِتَا في الرجلين شيئاً حاملاً على القتل ، بخلاف ما لو أثبت عداوته بينهما ثم استبهم القَتيل بينهما . والأصح هو الفرق ؛ لأنَّ تعيين القاتِلِ عَسِيرٌ ؛ لأنه مشروط في ثبوت اللوث بعينه بخلاف تعيين القَتيل » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « ففعلٌ ما لا يعرفه » .

(٤) في (أ) : « ثم المدعي على زيد » .

وليس مِنْ مَبْطَلات اللوثِ عندنا أَنْ لا يكون على القَتيل أثَرٌ ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنَّ القَتْلَ بالتخنيق ممكنٌ بحيث لا يَظهر أثره ^(١) .

الركن الثاني : في كيفية القسامة .

وهو أن يحلف المدعي خمسين يمينًا متوالية بعد التحذير والتغليظ ، وتفصيلُ الدعوى في اليمين كما في سائر الأيمان . وهل يُشترط أن تكون في مجلس واحد ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : أن للموالاتة وَقْعًا في النفس ، فيحتمل ^(٢) أن تكون واجبًا .

فإن قلنا : واجب ^(٣) ، فإذا جُزئ ثم أفاق ، بَنَى ^(٤) ؛ لأنه معذورٌ .

ولو غُزِلَ القاضي ، استأنف ^(٥) عند قاضٍ آخر ^(٥) . ولومات في أثنائه ، فالوارث لا يَتَنِي ، بل يَشْتَأْنَف . وقال الخِضْرِي : يَبْنِي الوارثُ .

وفي جواز القسامة في غَيْبَةِ المدْعَى عليه ^(٦) وجهان ، وجه المنع ^(٧) : أن اللوثَ إنما يَظهر إذا سلم عن قَذْحِ الخصم ، فيضعف في غَيْبَتِهِ .

هذا إذا كان الوارث واحدًا ، فإن كانوا جَمْعًا ^(٨) قَتَوُوعَ عليهم الخمسين ^(٨) ؟ أو يَخْلِفُ كُلُّ واحد خمسين ؟ فعلى قولين :

أحدهما : أنه يُوزَع ؛ لأن جملتهم في حكم شخصٍ واحد .

والثاني : لا ؛ لأنَّ قَذْرَ حقِّ كُلِّ واحدٍ ، لا يثبت يمين المدعي إلا بخمسين ؛ إذ لا خلاف أنه لو نكل واحدٌ ، وجب على الآخر أن يحلف تمام الخمسين ، فكيف يستحق يمين غيره ؟ ! .

(١) انظر الهداية (٥٦٧/٤) .

(٢) في الأصل : « يحتمل » . والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « واجبة » .

(٤) أي بنى على ما سبق من الأيمان التي حلفها قبل جنونه .

(٥) في (أ) : « عند القاضي الآخر » . (٦) في (أ) : « المدعى » وهو خطأ .

(٧) في (أ) : « ووجه المنع » . (٨) في (أ) : « قَتَوُوعَ عليهم الخمسون » .

وإن قلنا بالتوزيع ، فَلْتَنْبِئْهُ ^(١) على ثلاثة أمور ^(٢) :

الأول : أنهم لو كانوا ثلاثة ، والواحد حاضر ، والآخران صغيران أو غائبان ، فغيبتهما كنكولهم ، فيحلف الحاضر خمسين ، ويأخذ ثلث الدية ، فإذا حضر الآخر حلف نصف الأيمان وأخذ ثلث نفسه ، والثالث يحلف ثلث الأيمان ويأخذ حصّة نفسه .

الثاني : أن التوزيع بالميراث ؛ فمن يستحق الثمن أو السدس ، حلف بقدره ^(٣) ، فإن انكسر كمل المنكسر ، فإن كانوا ستين حلفوا ستين ، كل واحد يمينًا ، ولا يمين على إخوة الأب في مسائل المعادة .

الثالث : لو كان في الورثة خنثى ، حلف كل واحد أكثر ما يتوهم أن يكون نصيبه ، ويُعطى أقل ما يتوهم ؛ أخذًا بالأحوط في الجانبين .

فلو خلف ولدًا خنثى وأختًا لأب ، حلف الخنثى خمسين ؛ لاحتمال أنه مستغرق ، وأخذ نصف الدية لاحتمال أنه أنثى .

فإذا ^(٣) أراد الأخ أن يحلف ، فيحلف خمسًا وعشرين . وفائدته : أن ينتزع ^(٤) النصف من يدي الجاني ، ويُوقَفَ بينه وبين الخنثى . فإن بانث أنوثته سلم إلى الأخ يمينه السابق ^(٥) ، وإن بانث الذكورة ، سلم إلى الخنثى باليمين السابقة .

^(٦) ولو خلف ولدًا ^(٦) خنثى وبنثًا ، حلف الخنثى ثلثي الأيمان ؛ لاحتمال أنه ذكر ، وأخذ ثلث الدية لاحتمال أنه أنثى ، وحلفت البنث نصف الأيمان ؛ لاحتمال أن الخنثى أنثى ، ولم يُعتدَّ من أيمانها ^(٧) إلا بالنصف ، ^(٨) ثم تأخذ ^(٨) ثلث الدية ، والثلث الباقي متروك في يد المدعى عليه موقوف بينهما وبين بيت المال ، وليس لبيت المال نائب حتى يحلف عنه ؛ فنعود إلى القياس في

(١) في الأصل : « بثلاثة » . (٢) في (أ) : « يحلف بقدره » .

(٣) في (أ) : « فإن » . (٤) في (أ) : « ينزع » .

(٥) في (أ) : « ليمينه السابقة » .

(٦) في (أ) : « وإن خلف ولدًا » . وفي الأصل « والدًا » .

(٧) في (أ) : « أيمانها » . (٨) في (أ) : « ويأخذ » .

تصديق المدعى عليه .

هذا كله في يمين المدعي . فأما سائر الأيمان في الدم فَكَيِّمِينَ^(١) المدعى عليه واليمين مع الشاهد ، ففي تعدده^(٢) خمسين قولان ، منشؤهما : أنَّ علة العدد الميلُ عن القياس بتصديق المدعي أو حرمة الدم ؟ . والقولان جاربان في الأطراف ، مع القطع بأن القسامة غيرُ جارية فيها . فإن قلنا : لا تتعدد ، فلو بلغ الأرث مبلغ الدية ، فقولان . وإن قلنا : تعدد ، فلو نقص ففي التوزيع قولان .

فرعان

أحدهما : لو شهد واحد على اللوث ، وقلنا : يتحد اليمين مع الشاهد ، فإنَّ / استعملنا ٢٤٨/ب الشهادة في القتل وجاء بصيغة الشهادة ، حلف معه يمينًا واحدة . وإن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث حلف معه خمسين يمينًا .

الثاني : إذا ادعى على اثنين أنهما قَتَلا ، ففي توزيع الخمسين - على قول التعدد^(٣) من القولين - ما في التوزيع على الوارثين .

الركن الثالث : في حكم القسامة . وفيه قولان :

القديم : أنه يُنَاط به القصاص كما يُنَاط به^(٤) حدُّ المرأة بلعانِ الزوج^(٥) .
والجديد : أنه لا يُنَاط به إلا الدية ؛ لأنَّ سَفَكَ الدم بقول المدعي بعيدٌ ، وأما المرأة ، فإنها تقدر على دفع لعانها بلعانها .

(١) في الأصل : « كيمين » . والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « ففي تعددها » .

(٣) في (أ) : « التعدد » .

(٤) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٥) يعني أن المرأة إذا لاعنها زوجها ، فشهد أربع شهادات إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين - فإذا لم تحلف المرأة أيضًا على نفي ما ادعاه ، حُدِّث عند الشافعية . وقد سبق تفصيل هذه المسألة في « اللعان » .

ثم إن حلف على القتل خطأ طَالَبَ العاقلة . وإن حلف على العمد طالب الجاني . وإن نكل عن القسامة ومات ، لم يكن لوارثه أن يحلف .

ولا يَسْقُطُ حَقُّهُ عن تحليف المدَّعى عليه ؛ لنكوله عن القسامة . فإن نكل المدعى عليه ، فأراد المدعي أن يحلف اليمين المردودة ، ففيه قولان : أحدهما : المنع ؛ لأنه نكل مرة .

والثاني : لا ؛ لأنه نكولٌ عن القسامة ، وهذه ^(١) يمين أخرى ، وكذا إذا أراد أن يحلف مع الشاهد بعد النكول عن اليمين المردودة أو القسامة .

ومنشؤه : أنَّ المدعى عليه - بعد أن صرح بالنكول - ليس له الرجوع إلى اليمين ؛ لأنه تعلَّق به حقُّ المدعي . أما نكولُ المدعي عن اليمين المردودة في الحال ^(٢) لا تَمْنَعُهُ من الرجوع إليه ؛ فإنه حَقُّهُ ^(٣) فلا يسقط بالتأخير . ^(٤) ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه في انقلاب التصديق إليه : يُشَبِّه يمين المدعى عليه ^(٥) .

الركن الرابع : فيمن يحلف أيمان القسامة . وهو كل من ^(٦) يستحقُّ بدلَ الدم ^(٧) وفيه أربعة فروع :

الأول : إذا قُتِلَ عَبْدُ المكاتب - وأجرينا القسامة في العبد - حلف المكاتب ؛ لأنه المستحق ، فإن عجز عن النجوم قبل النكول حلف السيد ؛ إذ صار مستحقاً . فإن عجز بعد النكول لم يحلف السيد كما لا يحلف الوارث بعد نكول الموروث .

الثاني : لو قتل عَبْدَهُ فأوصى بقيمته لمستولدته ومات ، فللورثة أن يقسموا وإن كانت

(١) في الأصل : « وهذا » والمثبت من (أ) . .

(٢) في (أ) : « فلا تمنعه من الرجوع إليها ؛ فإنها حَقُّهُ » .

(٣) في (أ) : « ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه في انقلاب التصديق عند نكول المدعي - نازلٌ منزلة اليمين المردودة في حق المدعى عليه ، وليس للمدعى عليه الرجوع إلى اليمين بعد النكول ، كذلك المدعي في القسامة ليس له الرجوع إلى اليمين عند نكول المدعى عليه ؛ تشبيهاً يمين المدعى عليه » .

(٤) في (أ) : « يستحق الدم » .

القيمة للمستولدة ؛ لأن لهم حظاً في تنفيذ وصية مورثهم .

ولو أوصى ^(١) بعين لغيره ، فادعاه ^(٢) مستحق ، ففي حلف الوارث ^(٣) لتنفيذ الوصية ترددٌ ، ووجه الفرق : أن المستولدة مُدَّعية ، وتصديقها بالقسامة على خلاف القياس ، ولم تكن صاحبة حق عند القتل ، فكان الوارث أولى به .

ومهما حلف الورثة سلمت القيمة لِأُمِّ الولد . فإن نكلوا ، ففي قسامة المستولدة قولان ، وكذا في الغرماء إذا أرادوا أن يحلفوا أيمان القسامة عند نكول الوارث لِثَقُصَى من الدية ديونهم . ووجه المنع : أن القسامة لإثبات القتل ممن يُذلي بسبب الحق عند القتل ، وهؤلاء تجدد حقهم بعد القتل .

وإن قلنا : لا يحلفون أو نكلوا للوارث - ولهم - طلبُ يمين المدعي ، أما الوارث فَلِغرض التنفيذ ، وأما هم فَلِغرض الاستحقاق .

الثالث : إذا قطع يد العبد ، فعتق ومات ، فعلى الجاني كُلُّ الدية . فإن كانت الدية مثل نصف القيمة انفرد السيد بالقسامة ؛ لأنه مستحق الجميع . وإن فرعنا على أنه لا قسامة في بدل الرقيق فها هنا وجهان ؛ ^(٤) لأنه دية حرٍّ بالاعتبار الآخر ^(٥) ولكن صُرِفَ ^(٥) إليه ؛ لأنه ^(٦) جنائية على الرقيق .

ثم إن كان الواجب فاضلاً عن أرش اليد ، فيُصْرَفُ الفاضل إلى الورثة ، ويتصدى النظر في توزيع اليمين أو تكميلها .

الرابع : إذا ارتد الوليُّ ثم أقسم ، فإن قلنا : لا مِلْكَ للمرتد ، بطل يمينه . وإن قلنا : له الملك ، صحَّ وثبت الدية . وإن قلنا : موقوفٌ ، فالنص أنه يصح ويُصْرَفُ إلى بيت المال فيقاً إن قتل المرتد .

(١) في (أ) : « ولو وصى » .

(٢) في (أ) : « فادعاه » .

(٣) في (أ) : « فادعاه » .

(٤) في (أ) : « لأن الواجب دية حرٍّ لاعتبار الآخر » .

(٥) في (أ) : « صرفت » .

(٦) في (أ) : « لأنها » .

وفيه إشكال ؛ إذ بَانَ أنه لم يكن مستحقا ، فكيف يثبت بحلفه ؟ فمنهم من قال : فَرَّغَ الشافعي (رضي الله عنه) على قول بقاء الملك . ومنهم من عََلَّلَ بأنه على الجملة سبب استحقاق الدية [لأنه كان مسلما حال القتل] ^(١) ، فلا يكون يمينه كيمين الأجنبي .

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

النظر الثالث من الكتاب

في إثبات الدم بالشهادة

ولها شروط :

الأول : الذكورة ؛ فلا يثبت القصاص برجل وامرأتين ، ^(١) ويثبت القتل الموجب للمال برجل وامرأتين ^(٢) . فإن كان موجبا للقود عند الشهادة ، ثم رجع إلى المال ، لم يُستوف [المال] ^(٣) بتلك الشهادة ؛ لأنها كانت باطلة في الحال . ولو أنشئت الشهادة - بعد العفو على مال - فوجهان ، وجه المنع : أن أصل القتل كان موجبا للقصاص .

فرع : نص الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو شهد رجل وامرأتان على هاشمة / مسبوقة ٢٤٩ / ١ فرع : نص الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو شهد رجل وامرأتان على هاشمة / مسبوقة ٢٤٩ / ١ بإيضاح ، فكما لا يثبت الإيضاح الموجب للقصاص لا يثبت الهشم في [حق] ^(٤) الأرض . ونَصَّ على أنه ^(٥) لو شهدوا على أنه رمى عمداً إلى زيد ، فمَرَقَ السهم وأصابَ غَيْرَهُ خطأ ، أن الخطأ يثبت . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، ومنشؤهما : أن الشهادة واحدة وقد سقط بعضها ، فهل يسقط الباقي ؟ . ومنهم مَنْ فَرَّقَ ؛ لأن قتل عمرو منفصلٌ عن قتل ^(٦) زيد ، والهشم لا ينفصل عن الإيضاح .

ولا خلاف على ^(٧) أنه لو ادعى قتل عمرو خطأ ، فشهدوا وذكروا هذه الكيفية - وهو ^(٨) مروق السهم من زيد - لم يُقَدِّح في الشهادة ؛ لأن زيدا ليس مقصودا بالشهادة . وكذلك إذا قالوا : نشهد أنه أوضح ، ثم عاد بعد ذلك وهشم .

التفريع : إذا أثبتنا أرش الهاشمة ، فقد دُكِرَ في إثبات قصاص الموضحة وأرشيها ^(٩) على سبيل التبعية - خلاف ، وهو بعيد .

-
- | | |
|------------------------------------|---|
| (١) ما بين القوسين ساقط من (أ) . | (٢) زيادة من (أ) . |
| (٣) زيادة من (أ) ، (ب) . | (٤) في (أ) : « أنهم » . |
| (٥) كلمة : « قتل » ليست في (أ) . | (٦) كلمة « على » ليست في (أ) . |
| (٧) في (أ) : « وهي » . | (٨) في الأصل : « وأرأسها » والمثبت من (أ) . |

الشرط الثاني : أن تكون صبيغة الشهادة صريحة . فلو قال : أشهد أنه جرح وأنهر الدم ، ومات المجروح ، لم يُقْبَلْ مالم يُقْل : قَتَلَهُ ^(١) ؛ إذ ربما يموت بسبب آخر ، والموت عقيب الجراحة يُعرف أنه بالجراحة بقرائن خفية ، فلا يُغْنِي ^(٢) إلا ذِكْرُ القتل . وذكر العراقيون وجهًا : أنه يكفي ؛ كما تقوم الشهادة ^(٣) على اليد والتصرف ^(٤) مقام المِلْك ؛ لأنه مستند العلم .

ولو قال : أشهد أنه أوضح رأسه ، لم يَكْفِ مالم يُصْرَح بالجراحة وإيضاح العظم .
فإن صرَّح وعجز عن تعيين محلّ الموضحة - لالتباسها بموضحات على رأسه - سقط القصاص ، وفي الأرض وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما إذا شهد رجل وامرأتان على موضحة عمدًا ، فإنه إذا لم يثبت المقصود لم يثبت غيره .

والصحيح : أنه يثبت ؛ لأنه لا قُصُورَ في نفس الشهادة ، وإنما التعذر في استيفاء القصاص .
ولو شهد على أنه قتله بالسحر ، لم يُقْتَل ؛ لأن ذلك مما لا يُشَاهَد وَجْهٌ تأثيره ، فالقتل بالسحر لا يثبت إلا بالإقرار . ثم قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قال الساحر : أَمْرَضَهُ سِحْرِي ، ولكن مات بسبب آخر ، فلو لي الدم القسامة ، واعترافه بالمرض لَوُث . وهذا يدل على أن المقرَّ بالجرح إذا ادعى أن الموت بسبب آخر يُجعل إقراره لَوُثًا . وقد قيل : إن القول قول الجاني ، وهو جارٍ في السحر .

فإن قيل : تَعَلَّمَ السحر حرام أم لا ؟ قلنا : إن كان فيه مباشرة محظورة : من ذكر سُخْفٍ ، أو ترك صلاة ، فذلك هو الحرام ، فأما تَعَرُّفُ حقائق الأشياء على ما هي عليها ، فليس بحرام ، وإنما الحرام الإضرار بفعل السحر لا بتعليمه ^(٤) .

(١) في (أ) : « قتلني » .

(٢) في (أ) : « فلا يمضي » .

(٣) في (أ) : « على التصرف واليد » .

(٤) في (أ) : « لا تعليمه » .

الشرط الثالث : أن لا تتضمن جرأً ولا دفعاً^(١) . فلو شهد على الجراحة مَنْ يرث المجرورح : ^(٢) رُدَّتْ شهادته ؛ لأنه ^(٣) سبب استحقاقه .

ولو شهد الوارث للمريض بدين أو عين ، فوجهان . والفرق : أن جرح المشهود عليه سبب الاستحقاق دون الدين . ولو شهدوا على الجرح وهما محجوبان حال الشهادة ، ثم مات الحاجب أو بالعكس ، فالصحيح : أن النظر إلى حالة الشهادة ؛ للتهمة . وقيل : قولان كما في الإقرار للوارث .

فإن ردنا ، ^(٣) فلو أعاد بعد الحجب ^(٣) : لا تُقبل ؛ كالفاسق إذا أعاد ^(٤) .

فأما الشهادة الدافعة ، فصورتها : أن تشهد العاقلة على فسق يَبْينُ القتل الخطأ^(٥) .

ولو شهد اثنان من فقراء العاقلة ، نص أنه لا تُقبل . ولو شهد اثنان من الأبعد - مع أن الواجب مُستوفى بالأقارب - نص أنه تُقبل . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . وقيل : إن الفقير أمله في الغني قريب ، وتقدير موت الأقارب بعيد ، فلا يُورث تهمة^(٦) .

الشرط الرابع : أن تسلم الشهادة عن التكاذب . وفيه صور :

الأولى : إذا شهدا^(٧) على رجلين بالقتل ، وشهد^(٨) المشهود عليهما بأنهما^(٩) قتلا هذا القتيل ، تُقدم على هذا مقدمة ، وهو أن شهادة الحشبة تُقبل في حقوق الله تعالى ، وفي القصاص

(١) يعني أن لا تجلب الشهادة إلى الشاهد نفعاً أو تدفع عنه ضرراً ، وإلا فتكون في محل تهمة فلا تُقبل .

(٢) في (أ) : « رُدَّتْ ؛ لأنها » .

(٣) في (أ) : « فأعاد بعد الحجب » .

(٤) يعني كشهادة الفاسق إذا أعاد تلك الشهادة بعينها حال كونه عدلاً .

(٥) في (أ) : « قتل الخطأ » .

(٦) في (أ) : « فلا تؤثر تهمة » .

(٧) في الأصل : « شهد » والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٨) في (أ) : « فشهد » .

(٩) أي الشاهدين .

ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ صيانة للحقوق عن الضياع .

والثاني : لا ؛ لأنّ للدم طالبا كما للمال .

والثالث : أنه إن لم يعرف المستحق قبلت الشهادة .

فإن قلنا : تُقبل ، فَتَسَاوَقَ أربعة إلى مجلس القاضي ، فشهد اثنان على الآخرين بالقتل ، فشهد الآخرون على الأولين بذلك القتل ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : الرد وإن قبلنا شهادة الحسبة ؛ إذ هي متكاذبة ، فلا تُرَجِّح ^(١) .

والثاني : أنا نراجع صاحب الحق ونحكم بشهادة مَنْ صَدَّقَهُمَا .

والثالث : ^(٢) أن الأولى صحيحة ^(٣) وشهادة الآخرين غير مقبولة ؛ لأنهما دافعان ، ولأنهما صارا عدوَيْن للأولين . ولكن إثبات العداوة بمجرد الشهادة ، ضعيف .

وإن فرعنا على ردّ شهادة الحسبة ، فلو جاء المدعي بعد ذلك لم تنفع / تلك الشهادة . وهل ٢٤٩/ب تُقبل إعادتها ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ كما لو ردّ ^(٣) بعلّة الفسق .

والثاني : نعم ؛ لأنه لم تُردّ بِتُهْمَةٍ .

والثالث : أنهما إن تابا عن المبادرة ، قُبِلَت الإعادة .

رجعنا إلى مسألتنا ، فإذا شهد المشهودُ عليهما على الشاهدين ، واستمر المدعي على تكذيبهما : فلا أثر لشهادتهما ؛ لأنهما دافعان وعدوان ومبادران . وإن صدقهما بطل حقّه بتناقض الدعويين .

(١) في (أ) : « فلا ترجيح » .

(٢) في (أ) : « أن الأول صحيح » .

(٣) في (أ) : « ردت » .

فإن كان ذلك من وكيل ، فلا يؤخذ بإقرار لم يؤثر في إبطال الدعوى الأولى . فإن صدق الموكل الآخرين انبنى على أنهما مبادران أو دافعان ؟ .

المسألة بحالها ، لو شهد المشهود عليهما على أجنبي سوى الشاهدين ^(١) ، فهما مبادران ودافعان وليسا عدوين . ^(٢) وإن شهد أجنبيان على الشاهدين ، فهما مبادران ، وليسا دافعين ولا عدوين ^(٣) .

الصورة الثانية : لو شهدوا على القتل ، فشهد أحد الورثة بعفو بعضهم ، سقط القصاص بقوله من حيث إنه إقرار ^(٣) لا من حيث إنه شهادة حتى تسقط ولو كان فاسقا .

الصورة الثالثة : إذا شهد أحدهما أنه قتله غدوة . وقال الآخر : عشيّة ، فهو تكاذب ، وكذا إذا نسبا إلى مكانين أو آتين . وكذا لو شهد أحدهما على الإقرار ، والآخر على القتل ، لم يثبت ؛ لأنهما لم يتفقا على شيء .

ولو شهد أحدهما على الإقرار بالقتل المطلق ، والآخر على الإقرار بالقتل العمد : ثبت أصل القتل ؛ فالقول قول المدعى عليه في نفي العمدية إلا أن يكون ثمّ لوث يشهد للعمدية ، فثبت القسامة .

(١) يعني غير الشاهدين عليهما .

(٢) في (أ) : « وإن شهد أجنبيان على الشاهدين فكمنه » .

قالا لحموي : « قوله في إثبات الدم : (ولو شهد رجلان على رجل بالقتل ، فشهد الشهود عليهما بأنهما قتا هذا القتل .. إلى قوله : والثالث : أن الأولى صحيحة ويحكم بشهادة من صدقهما ... إلى أن قال : المسألة بحالها : لو شهد المشهود عليهما على أجنبي سوى الشاهدين ، فهما مبادران وليسا دافعين ولا عدوين) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (الأولى صحيحة) فإنه ليس كذلك على إطلاقه ، فإنه لو صدق الجميع أو الآخرين ، أو كذب الأولين أو كذب الجميع : لم تكن مقبولة . الثاني : أنه قال : (فهما مبادران وليسا دافعين) وليس كذلك ، فإن المشهود عليهما داعان عن أنفسهما بشهادتهما على الغير . والجواب عن الثاني أن يقال : ليسا دافعين على الحقيقة ضرورة ؛ فإن الدفع يقتضي تعلق دفع بخلاف غيرهما . وعن الأول : أن مراده بذلك إذا صدق الأولين وكذب الآخرين ، والإشكالان ضعيفان . إشكالات الوسيط (ق) ١٧١ / ب ، ١٧٢ / أ) .

(٣) في (أ) : « من حيث إنه أثر » .

وإن قال أحدهما : قَتَلَهُ عَمْدًا ، وقال الآخر : خطأ ، فوجهان :
أحدهما : أنه تكاذبٌ .

والآخر : أنه يثبت القتل ، ومن يشهد بالخطأ فكأنه يشهد بعدم العمد ؛ فيبقى النزاع في العمدية .
وحيث يثبت التكاذب في الآلة والمكان والزمان ، قال المزي (رحمه الله) : « يُفيد قولُهما
لَوْثًا » ، فاتفقت المرازمة على تغليطه ؛ لأنهما تساقطا بالتكاذب . ونقل العراقيون فيه قولين
للشافعي (رضي الله عنه) .

كتاب
الجنایات الموجبة للعقوبات

وهي سبعة (١)

البغی ، والزَّدة ، والزنا ، والقَذْف ، والشُّرب ، والسَّرقة ،
وقَطْعُ الطريق .

(١) في (أ) ، (ب) : « وهي سبع » .

الجنابة الأولى

البغي^(١)

^(٢) والنظر في : صفة البغاة ، وأحكامهم ، وقتالهم .

الطرف الأول^(٣) : في صفاتهم . ويُعتبر فيهم ثلاثة شروط : الشوكة ، والتأويل ، ونصبُ إمام فيما بينهم .

(الشرط الأول) : الشوكة^(٤) . وهو أن يجتمع قومٌ ذو نجدة على مخالفة الإمام . ولا يُعتبر مساواةً عددهم لجُنْد الإمام ؛ كم من فئة قليلة غالبية^(٥) ، لكن يكفي أن يكون الظفر مَرَجُوا . ثم إن كانوا في موضع محفوف بولاية الإمام ،^(٥) فلا بد من زيادة نجدة ، كما إذا كانوا^(٥) على طرف من أطراف الولاية . ثم لا يخفى أن الشوكة لا تتم ما لم

(١) البغي : مصدر « بغي ، يغني ، بغيا » : أي تعدى ، وأهل البغي هنا هم المخالفون لإمام العدل ، الخارجون عن طاعته ، بامتناعهم من أداء واجب عليهم . ويُشترط فيهم - حتى تجري عليهم أحكام البغاة - الشوكة ، والتأويل ، وأن يكون لهم رأس مطاع . انظر : الوجيز (١٦٤ / ٢) . المنهاج ص (١٣١) . الغاية القصوى (٩١٩ / ٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٧٧) .

وقال في الروضة (٥٠ / ١٠) : « قال العلماء : يجب قتال البغاة ، ولا يكفرون بالبغي ، وإذا رجع الباغي إلى الطاعة قُبِلَت توبته ، وتُرِكَ قِتَالُهُ . وأجمعت الصحابة (رضي الله عنهم) على قتال البغاة . ثم أطلق الأصحاب القول بأن البغي ليس باسم ذم ، وبأن الباغيَ ليسوا بفسقة ، كما أنهم ليسوا بكفرة ، لكنهم مخطئون فيما يفعلون ويذهبون إليه من التأويل . ومنهم مَنْ يُسمِّيهم عصاة ، ولا يُسمِّيهم فسقة ، ويقول : ليس كل معصية بفسق .

والتشديدات الواردة في الخروج عن طاعة الإمام وفي مخالفته كحديث : « من حمل علينا السلاح فليس منا » وحديث « من فارق الجماعة فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه » وحديث « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فميشته جاهليته » : كلها محمولة على من خرج عن الطاعة وخالف الإمام بلا عذر ولا تأويل .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) والمقصود بالشوكة أن يكون لهم سلاح وعتاد يمتنعون به .

(٤) وفي نسخة أخرى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة » . كذا على هامش الأصل .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا بد من زيادة نجدة بخلاف ما إذا كانوا » .

يكن فيهم واحدٌ مُطَاعٌ .

(الشرط الثاني) : أن يكون بَغِيْهِمْ عن تأويل . فلو اجتمع جماعةٌ من توجَّه عليهم حدودٌ ، أو حقوقٌ - من زكاة أو غيرها - وخالفوا الإمام : قاتلهم الإمام كما قاتل أبو بكر (رضي الله عنه) مانعي الزكاة ، وليس لهم حكم البغاة ^(١) .

والمرتدون إذا اجتمعوا - لشبهة ^(٢) في دينهم - فلا يُعَدُّ ذلك تأويلاً مُعْتَبَراً .

ولو كان لهم ^(٣) تأويلٌ باطلٌ قطعاً - لكنهم غلطوا فيه - ففي اعتباره وجهان :

أحدهما : أنه لا يُعْتَبَرُ ؛ كتأويل أهل الردة . ومعاوية (رحمه الله) - عند هذا القائل - لم يكن مُبْطِلاً قطعاً ، بل بالظن .

والثاني : يُعْتَبَرُ ؛ لأن الغلط في القطعيات كثيرٌ . ومعاوية كان مُبْطِلاً على القطع عند هذا القائل ، لكنه لم يُعْرِفْ ذلك ^(٤) .

وأما الخوارج ، ففيهم - على رأي الامتناع من تكفيرهم - وجهان ، منهم من ألحقهم

(١) انظر - في قتال أبي بكر (رضي الله عنه) للمرتدين ومانعي الزكاة - صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري (٣٠٨/٣) (٢٤) كتاب « الزكاة » (١) باب « وجوب الزكاة » حديث (١٣٩٩) . وصحيح مسلم (٥١/١) (١) كتاب « الإيمان » (٨) باب « الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله محمد رسول الله » حديث (٢٠) وسنن أبي داود (١٩٨/٢) حديث (١٥٥٦) وسنن النسائي (٥/٦) وسنن الترمذي (٥/٥) حديث (٢٦٠٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بشبهة » . (٣) يعني للبغاة .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب قتال أهل البغي : (ولو كان لهم تأويل باطل قطعاً لكنهم غلطوا فيه ، ففي اعتباره وجهان ... وقال في الثاني : يعتبر ؛ لأن الغلط في القطعيات كثير ، ومعاوية كان مبطلاً على القطع لكنه لم يعرف ذلك) .

قلت : كان ينبغي أنه إذا اعتبر القطع لم يكن معاوية مبطلاً كما لا يخفى ، وهذا القائل يقول : لابد من القطع ، ومستنده أنه لم يثبت عند عليٍّ قَتْلُ عثمان (رضي الله عنه) ، وذلك يمنع من قتال معاوية علماً قطعياً بالنسبة إلى المستنديين بأن معاوية لم يعرف ذلك على ما ذكره ، بخلاف سائر المظنونات ؛ فإنها ليست كذلك فإنه لم يعرف مستندهما قطعاً . إشكالات الوسيط (ق ١٧٢ / أ ، ١٧٢ / ب) .

بأهل الردة ، ولم يكثر بتأويلهم ؛ لظهور فسادِه (١) .

(الشرط الثالث) : نَصَبُ الإمام فيما بينهم . وفي اشتراطه خلافٌ (٢) . ومن شرطه علل بأن هذه الشروط تُعتبر لتنفيذ قضاء قاضيه ، ولا ينتصب القاضي إلا بالتبعية (٣) ؛ فلا بُدَّ لهم من إمام يُؤلِّي القضاة . ومن لا يشترط ذلك يقول : ربما لا يُصادفون موصوفاً بصفات الأئمة ، ولا يمكن تعطيل أحكامهم (٤) .

* * *

(١) انظر الغاية القصوى (٩١٩/٢) .

(٢) والأصح - عند الأكثرين من الشافعية - أنه لا يشترط . انظر الروضة (٥٢/١٠) . الغاية القصوى (٩١١/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا بالبيعة » .

وقال ابن الصلاح : « ومعناه أن القاضي لا يُنصب - في العادة - ببيعة الرعية له ونصبهم له قاضياً ، وإنما يُنصب الرعية إماماً يبيعهم له ، ثم الإمام يُؤلِّي القضاة وغيرهم ، فلا بد إذن في ذلك من نصبهم إماماً ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٣ / ب) .

(٤) وصفات الأئمة المشروطة : أن يكون الإمام مكلفاً ، مسلماً ، عدلاً ، حراً ، ذكراً ، عالماً ، مجتهداً ، شجاعاً ، ذا رأي وكفاية ، سميحاً ، بصيراً ، ناطقاً ، قرشياً . انظر الروضة (٤٢/١٠) .

الطرف الثاني

في أحكام البغاة : في الشهادة ، والقضاء ، والغرم

أما شهاداتهم ^(١) فمقبولة ؛ لجهلهم بالتأويل . وأما قضاء قاضيه فنافذ على وفق الشرع ^(٢) .

وما يستوفيه ^(٣) من زكاة ، وجزية ، وحد / ويصرفه إلى مصرفه : فواقع موقعه ^(٤) . ٢٥٠/أ ولو ^(٥) صرّفوا السهم المرصّد لمرتزقة [الإسلام] ^(٦) إلى جندهم ، ففيه اختلاف مشهور ^(٧) ؛ لأنه ^(٨) - وإن كانوا مجتدّ الإسلام - لكنهم ^(٩) في الحال على الباطل ، وتصحيح ذلك إعانة لهم .

وإذا كتبوا الكتاب إلى قاضينا ^(١٠) بعد إبرام ^(١١) الحكم : أمضي . وإن سمع البيّنة والتمس الحكم فقولان ^(١٢) :

(١) في (أ) ، (ب) : « أما شهادتهم » .

(٢) يعني يتخذ من قضائهم ما كان موافقاً لكتاب الله وسنة رسوله وإجماع الأمة . أما ما خالف نصاً صريحاً من كتاب أو سنة أو إجماع ، فمردود ، وإن كان القاضي عدلاً .

(٣) يعني والي البغاة .

(٤) يعني : جاز ذلك وأمضي ، ومن ثم فإن عادت تلك البلدة - التي استولى عليها البغاة - إلى أهل العدل ، لم يطالبوا أهل تلك البلدة بإعادة الزكاة أو بإعادة الجزية من الذميين القاطنين معهم . انظر الأم (٤) / ٢٢٠ . الروضة (٥٤/١٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وإن » . (٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ففيه خلاف مشهور » . والأصح - من هذا الخلاف المشهور - تصحيح ذلك ؛ لأنهم من جند الإسلام أيضاً ، وإرعاب الكفار حاصل بهم . انظر : الروضة (٥٤/١٠) . المناهاج ص (١٣١) . الغاية القصوى (٢/٩٢٠) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لأنهم » . (٩) في (أ) ، (ب) : « ولكن هم » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « قاض » . (١١) في (أ) : « انبرام » .

(١٢) أي إن سمع قاضي البغاة البيّنة - في قضية ما - والتمس من قاضي أهل العدل أن يخكم ، فالأقيس - كما =

أقيسهما : الحكم ؛ كي لا يؤدي إلى إبطال حقوق الرعايا .

والثاني : لا ؛ لأنه مساعدة لهم على بغيتهم . وقيل بطرد القولين فيما أئرموه واستعانوا بقاضينا في الاستيفاء ، والقياس الإمضاء .

هذا فيمن له ^(١) الشوكة والتأويل ، فإن عدمت الشوكة ، فلا ينفذ حكمهم ؛ ^(٢) إذ يرجع ذلك إلى محاورات في خلوات ^(٣) . وإن عدم التأويل دون الشوكة ، لم ينفذ قضاؤهم على الظاهر ^(٤) . ويحتمل أن يُخَرَّج ذلك على ما إذا شَغَرَ الزمان عن الإمام ، فإن أحكام الرعايا لا يمكن تعطيلها ؛ فلذلك ينفذ القضاء بحكم الحاجة .

أما الغرم ؛ فهو واجبٌ بالإتلاف في غير القتال على الفريقين جميعاً . أما في القتال فلا غُرم على العادل . وما يُثْلَفُه الباغي في القتال ، فيه قولان :

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه أُتلف مَالاً معصوماً بغير حق .

والثاني : وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجب ^(٥) ، كما في أهل الحرب ؛ لأن المؤاخذة بتبعات القتال تمنع من الفيئة

= ذكر الغزالي - أن يحكم في هذه القضية بناءً على البيئة التي رآها قاضي البغاة . وهذا ما رجحه الغزالي في الوجيز (١٦٤/٢) ، والنووي في المنهاج ص (١٣١) .

(١) في (أ) ، (ب) : « لهم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك يرجع إلى محاورات للإمام في خلوات » .

قال ابن الصلاح : « ومعناه أنهم تحت الطاعة والقهر ، وحاصل مخالفتهم محاورات تجري بينهم في خلواتهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٣ ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأظهر » .

(٤) وهذا هو الجديد من قول الشافعي (رحمه الله) وهو الأظهر . انظر : الأم (٢١٨/٤) . الروضة (٥٥/١٠) . والمنهاج ص (١٣١) . وانظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في مختصر الطحاوي ص (٢٥٧ وما بعدها) . المبسوط (١٢٧/١٠) . الهداية (٤٦٦/٢) . ردوس المسائل ص (٤٧٩) . فتح القدير (١٠٦/٦) .

أما ما أصابوه من أموال - حال القتال - ثم وُجِدَ بعينه بعد القتال ، فهو مردودٌ لصاحبه ، عادلاً كان أو باغياً . انظر المصادر السابقة .

والطاعة ، ^(١) ولذلك أُتلفت أموال ، وأُريقَت دماءٌ ، في قتالٍ معاوية وعليٍّ ^(٢) (رضي الله عنهما) وكان عليٍّ (رضي الله عنه) يَعْرِفُ القتال وما اقتَصَصَ من أحد ، ولا غَرَمَ .

وإن قلنا : لاضمان ، ففي الكفارة وجهان ، ووجهُ الإسقاط : الإهداؤ كما في أهل الحرب . فإن قلنا : يجب الضمان ، ففي القصاص وجهان لأجل الشبهة . فإن لم تُوجب القصاص ، فالديّة على العاقلة أو على الجاني ؟ فيه خلاف . كما لو قتل إنساناً على ظنٍّ أنه كافر ^(٣) .

هذا إذا وُجِدَ ^(٤) الشوكة والتأويل . فإن وُجِدَ تأويلٌ بلا شوكة وَجِبَ الضمان ؛ قتل ابنِ مُلْجَم (أخزاه الله) عليّاً (كرم الله وجهه) فأُقِيدَ [به] ^(٥) وكان من تأويله أن امرأة زعمت أن عليّاً (رضي الله عنه) قَتَلَ أقاربها ، فوَكَّلته باستيفاء القصاص .

وأما الشوكة دون التأويل ، فطريقان منهم من قطع بوجوب الضمان كمثّل واقعة مانعي الزكاة ، ومنهم من أجرى القولين ^(٦) ؛ ^(٧) لأن إسقاط القصاص وإسقاط التبعية ؛ للترغيب في الطاعة ^(٨) ، وأجرى الشافعي (رضي الله عنه) ترديد القولين ^(٩) في المرتدين إذا أُتلفوا في القتال ^(١٠) . وقيل : هو أولى بالسقوط ؛ لمشابهة أهل الحرب .

فأما وجودُ الإمام فليس بشرط لسقوط الضمان .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ولذلك أُتلفت الأموال ، وأُريقَت الدماءُ في قتال عليٍّ ومعاوية » .

(٢) يعني فإذا هو مسلمٌ ، كأن يكون هذا المسلم يَتَرْتَّباً يَزِي الكفار الخاص بهم مثلاً .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وجدت » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهو الأصح كما في الروضة (٥٧/١٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لإسقاط القصاص وإسقاط التبعية ؛ ترغيباً لهم في الطاعة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ترديد القول » . (٨) انظر مختصر المزني ص (٢٥٧) .

الطرف الثالث

في كيفية القتال ^(١)

ويُزَعَى فيه أمور :

الأول : أنا لانغتا لهم ، بل نُقَدِّم النذير أولاً ، فإن لم يرجعوا إلى الطاعة قاتلناهم . وفي أواخر القتال : لا تتبع مُدْبِرهم ، ولا تُدْفَف على جريحهم ؛ لأن قتالهم مثل الدفع ^(٢) عن منع الطاعة . والمُدْبِر مَنْ سَقَطَتْ شوكتُه وأَمِنَ غائلته ، لا مَنْ يتحرّف من جانب إلى جانب ^(٣) . فلو تبدّدوا سقطت شوكتهم ، ولكن يتوهم اجتماعهم ، فهل يجوز اتباعهم بالقتل ؟ فيه وجهان ^(٤) ، يُنظر في أحدهما إلى الحال . وفي الثاني إلى غائلة المآل ، وكذا من انهزم على أن يتّصل بفتة أخرى ^(٥) .

الثاني : أن أسيرهم لا يُقتل ، ولا يُطْلَق ما داموا على شوكتهم ، فإذا ^(٦) بطلت الشوكة ، وكان اجتماعهم في المآل مُتَوَقَّعا ، ففي إطلاقه وجهان .

فأما نساؤهم وذراريهم ، فيَحْلَى سبيلهم . وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « نَحْيِسُهم ؛ ففي ذلك كَسْرُ قلوبهم » .

وأما أسلحتهم وخيولهم ، فلا يَجِلُّ استعمالها في القتال ، خلافاً

(١) وطريقة قتال البغاة طريق دَفْع الصائل ؛ إذ المقصود رُدُّهم إلى الطاعة ودَفْع شرهم ، لا التَّقْيُّ والقتل ؛ فإذا أمكن الأشر فلا يُقتل ، وإذا أمكن الإثخان فلا يُدْفَف ، فإن التحم القتال واشتد ، خرج الأمر عن الضبط . انظر الروضة (٥٧/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شَرع للدفع » .

(٣) إذ حكم مَنْ يتحرّف من جانب إلى جانب أن يُتبع ويُقتل .

(٤) والأصح : أنه لا يُتبع مُنْهَزُهم وإن خيف اجتماعهم . انظر الغاية القصوى (٩٣٠/٢) .

(٥) فإن كانت الفتة قريبة : أتبع ، وإلا فلا على الأصح . كذا في الروضة (٥٨/ ١٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) . لكن إنما تُرَدُّ إليهم إذا جاز إطلاق أسيرهم . والصبيُّ المراهقُ والعبدُ كالحليل ، والصغيرُ كالنسون .

الثالث : لا نَنصِب عليهم المجانيقَ ^(٢) ، ولا نُوقِد عليهم النيرانَ ، ولا نُرْسِل السيولَ الجارفة ، وكذا كلَّ سبب يعُمُّ إلا إذا كان بحيث تُضْطَلَم ^(٣) لو لم نفعل ؛ لأن هذه الأسباب ^(٤) لا يمكن حشْمُها ، وربما يرجعون في أثنائها .

وإن تحصَّنوا بقلعة ، ولم يتوصَّل إلا بهذه الأسباب ، فإن كان فيهم رعايا لم يَجُزْ ، وإن لم يكن إلا المُقاتِلَة : ففيه نظرٌ ، والأولى مَنعُه والاقتصارُ على المحاصرة والتضييق ^(٥) .

(١) مذهب الشافعية : أن أسلحة البغاة التي استولى عليها أهل العدل - وكذلك خيولهم - لا يحلُّ استعمالها في القتال إلا لضرورة لا بُدَّ منها . انظر : الأم (٢٢٥/٤) . مختصر المزني (٢٥٨) . الوجيز (١٦٥/٢) . المنهاج ص (١٣١) . الروضة (٥٩/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٠/٢) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١٥٤/٢) . رحمة الأمة ص (٢٧١) .

ومذهب الحنفية : أنه يحلُّ استعمال أسلحتهم وركوب خيولهم ساعة القتال إن احتاج العادلون إلى ذلك . وهو مذهب المالكية ، ورواية عن الإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٢٦/١٠) . الهداية (٤٦٥/٢) . شرح فتح القدير (١٠٤/٦) . اللباب في شرح الكتاب (١٥٥/٤) . الشرح الكبير (٢٩٩/٤) وما بعدها . وحاشية الدسوقي عليه (٣٠٠/٤) . المقنع ص (٣٠٦) . المبدع (١٦٢/٩) . المغني لابن قدامة (١١٦/٨) .

(٢) المنجنيق : هو الذي تُرْمَى به الحجارة . وهي كلمة مُعَرَّبَةٌ عن الفارسية ، ووزنها : فَنَعْلِيل ، بفتح الفاء ، والتأنيث أكثر من التذكير فيها ، ومنهم من يقول : الميُمُّ زائدةٌ ، ووزنه : منفعيل ، وعليه فأصله : جنق . وربما قيل له : منجنيق بكسر الميم ؛ لأنه آلة . والجمع : مجانيق ، ومنجنيقات . انظر : المصباح المنير (٨٧٠/٢) . وتهذيب الأسماء واللغات (١٣٤/٢/٣) .

(٣) الصَّلْمُ : القطع . والاصطلام : الاستئصال . وقوله : (إلا إذا كان بحيث نصطلم) أي : إلا إذا خِفْنَا أن يستأصلونا ، فيحتشد يجوز لنا فِعْلٌ ما يَغْمُّ أذاه . انظر : مختار الصحاح ص (٣٦٨) . المصباح المنير (٥٢٩/١) . القاموس المحيط ص (١٤٥٨) . مادة (ص ل م) .

(٤) في (ب) : « الأشياء » .

(٥) وهذا هو الأولى ؛ لأنَّ تَرْكَ بلدةٍ في أيدي طائفة من المسلمين - وإن كانوا بغاة - ويُمكننا الاحتيال في محاصرتهم والتضييق عليهم : أقربُّ إلى الإصلاح من إهلاكهم . انظر الروضة (٦٠/١٠) .

الرابع : ^(١) « لا ينبغي أن يُقتل ^(١) العادلُ واحدًا من أرحامه . ولا ينبغي أن يستعين الإمام بأهل الشرك عليهم ولا بمن يرى قتلَ مُدبرهم . »

الخامس : إن استعان البغاة علينا بأهل الحرب ، لم يُنفذ أمانهم علينا ، واتبعنا مُدبر أهل الحرب . وهل ينفذ الأمانُ في [حق] ^(٢) أهل البغي ؟ فيه وجهان ، الصحيح : أنه لا ينفذ / لأنه بُني على الفساد ، لكن لا يجوز لهم الاغتيال بكل أمانٍ فاسد ، ويجوز لنا ٢٥٠/ب اغتيالهم . وقيل : إنه لا يجوز إذا انعقد لهم أمانٌ فاسدٌ . وهو ضعيف . نعم ، لو قال أهل الحرب : ظننا أنهم الحقيقون ، ففي إلحاقهم بِمَأْمَنِهِمْ خلافٌ ^(٣) . ومنهم من قال : لا بُدَّ من الظن بهم .

ولو استعانوا بطائفة من أهل الذمة ، انتقض عهدهم ؛ فنقتل مُدبرهم ونغنم مالهم . وفيه وجه : أنهم إذا انهزموا ألحقاهم بِمَأْمَنِهِمْ . فإن كانوا مُكرهين لم يُنتقض عهدهم ؛ فلا تتبع مُدبرهم . فإن قالوا : ظننا أنهم الفئة الحقة ، ففي انتقاض العهد قولان ^(٤) .

التفريع : حيث ألحقناهم بأهل الحرب ، غنمنا مالهم ، ولا ضمانَ عليهم فيما يُتلفون . فإن قلنا : لا بُدَّ من تبليغهم مَأْمَنَهُمْ ، فما أتلّفوه ^(٥) مضمونٌ عليهم ؛ إذ بقي في حقنا عهدة الأمان ^(٦) فيبقى عليهم عهدة الضمان . فإن فرغنا على أن العهد لا ينتقض في بعض الصور ، قطع الأصحابُ بوجوب الضمان عليهم ؛ لأن الإسقاط عن البغاة لترغيبهم في الطاعة ، ولا يجري ذلك في الذمّي .

السادس : مَنْ يوجد ^(٧) منهم قتيلاً ، يُعْتَل وَيُصَلَّى عليه ^(٨) ، وليس بشهيد . وقال

(١) في (أ) ، (ب) : « ينبغي أن لا يقتل .. » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنا نُبلّغهم مَأْمَنَهُمْ ، ونعاملهم معاملة البغاة ، فلا تبعهم مدبرين . انظر روضة الطالبين (١٠ / ٦١) .

(٤) والمذهب : أنه لا يُنتقض عهدهم إن قالوا : ظننا أنهم الفئة الحقة . أما إذا لم يذكروا عذرا ، انتقض عهدهم على المذهب . انظر : الروضة (٦١ / ١٠) . المنهاج ص (١٣١) . الغاية (٩٢٠ / ٢) .

(٥) في (أ) : « فما أتلّفوا » . (٦) في (أ) ، (ب) : « الضمان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « من صُودف » . (٨) في (أ) : « ونصلي عليه » .

أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُغسل ولا يُصلّى عليه ؛ إهانة لهم ^(١) .
والعادل إذا قُتِلَ في المعترك ، فقولان في كونه شهيدًا .
ولا ينقطع التوارث بينهم وبين أهل العدل .

* * *

(١) مذهب الشافعية : أن مَنْ قُتِلَ من أهل البغي ، يُغسل ويُصلّى عليه . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٢٥/٤) . مختصر المزني ص (٢٥٨) . المغني لابن قدامة (١١٦/٨) .
ومذهب الحنفية : أنه لا يُصلّى على قَتْلَى أهل البغي ولا يُغسلون أيضًا ، ويُدفنون لإماطة الأذى . انظر : المبسوط (١٣١/١٠) .

الجنابة الثانية

الردة

والنظر في أركان الردة وأحكامها .

الطرف الأول : في الردة ^(١) . وهو عبارة عن قطع الإسلام من مكلف .

احترزنا « بالقطع » عن الكفر الأصلي ^(٢) ، و « بالمكلف » عن المجنون والصبي . وفي السكران قولان ؛ لتردده بين الصّاحي والمجنون ^(٣) . وعلى طريق : يصح ؛ تنفيذًا لما عليه دون ما له . وعلى هذا ، لو أسلم في الشكر لا يصح ، فلْيُعِدَّ الإسلام إذا أفاق . فلو ^(٤) قُتِلَ قبل الإفاقة فمُهِدَّرٌ . وإن قلنا : تصح ردته - لأنه كالصّاحي - فيصح ^(٥) إسلامه ، لكن إذا أفاق جددنا عليه التوبة . فلو قُتِلَ قبل التجديد ، فالصحيح وجوب الضمان . وقيل : لا يجب ؛ أخذًا من اللقيط إذا قُتِلَ بعد البلوغ وقبل أن يُنطق بالإسلام . ووجه الشبهة : أنه إسلامٌ حُكْمِيٌّ لا عَنْ قَصْدٍ صحيح . وهو ضعيفٌ ؛ لأن الردة ^(٦) أيضًا كان كذلك ^(٧) ، فيكفي لتلك الردة هذا الإسلام ، إلا أن يُخَصَّصَ ذلك الوجه بأن يرتدّ صَاحِيًا ، ثم أسلم ^(٨) في السكر .

وأما نفس الردة ، فهو نُطْقٌ بكلمة الكفر : استهزاء ، أو اعتقادًا ، أو عنادًا . ومن الأفعال عبادة الصنم ، والسجود للشمس ، وكذلك إلقاء المصحف في القاذورات ، وكلُّ فعلٍ هو صريحٌ في الاستهزاء بالدين . وكذلك ^(٨) السّاحر يُقتل إن كان ما سَحَرَ به كفرًا ، بأن كان فيه عبادة شمس ^(٩) أو ما يُضَاهِيهِ .

(١) في الأصل : « في الركن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن الكافر الأصلي » .

(٣) والمذهب صحة ردة السكران وإسلامه . انظر الروضة (١٠/ ٧١) . المنهاج ص (١٣١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كانت أيضًا كذلك » . (٦) في (أ) ، (ب) : « ثم يُشلم » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وكذا » . (٩) كلمة « شمس » ساقطة من (أ) ، (ب) .

فروع

الأول : إذا شهد اثنان على أنه ارتدَّ ، فقال : كَذَبَا . لم ينفعه التكذيب ، لكنه ^(١) ينفعه تجديد الإسلام ^(٢) في ردِّ القتل ^(٣) . ولا ينفع في بينونة زوجته .

ولو قال : صَدَقَا ^(٤) ولكنني كنتُ مكرها ، فإن ظهر ^(٥) مخايلُ الإكراه ، بأن كان أسيرًا بين الكفار ، فالقولُ قوله . وإن لم تكن مخايلُ الإكراه حكم بالبينونة . وهذا ينبغي أن يُخصَّص بما إذا حكى الشاهد كلمة الردة . ولا ينبغي أن تُقبل الشهادة مطلقا ^(٦) ؛ لأن للناس في التكفير مذاهبَ مختلفة ، فإذا نقل الشاهد كلمة - هي ردة - ولم يقل : ارتدَّ ، ولكنه [قال] ^(٧) : قال كذا ، فقال المشهود عليه : صدق ، ولكن كنتُ مكرها ، قال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : يُصدق ؛ إذ ليس في تصديقه تكذيبُ الشهود ، بخلاف ما إذا شهدوا على الردة ، فإنَّ كونه مكرها يدفع الردة . ولكن الجزم أن يُجدد الإسلام . فلو قتله مُبادِرٌ قبل التجديد ^(٨) ، ففي الضمان وجهان مأخوذان ^(٩) من تقابلِ الأصلين ، وهو عدم الإكراه ^(١٠) ، وبراءة الذمة .

الثاني : إذا خلف المسلم ابنين ، فقال أحدهما : مات أبي كافرا ، وأنكر الآخر ، ففي حصّة المقرِّ قولان :

أحدهما : أنه للفيء ^(١١) ؛ مؤاخذه له بإقراره .

الثاني : [أنه] ^(١٢) يُصرف إليه ؛ ^(١٣) لأن للناس أغراضا في التكفير ومذاهب ^(١٤) ،

(١) في (أ) ، (ب) : « لكن » . (٢) في (أ) ، (ب) : « في ذرء القتل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « صدقوا » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ظهرت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مطلقة » . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قوله : « قبل التجديد » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « مأخوذ » . (٩) في (أ) ، (ب) : « وهو الإكراه » .

(١٠) أي فيصرف إلى بيت المال ، ويكون للمسلمين جميعا .

(١١) زيادة من (أ) ، (ب) . (١٢) في (ب) : « لأن للناس في التكفير مذاهب » .

قال الحموي : « قوله في باب الردة : (إذا اختلف ابنان ، فقال أحدهما : مات أبي كافرا ، وأنكر =

« (١) وهو لم يصرح به (١) .

والصحيح : أن يُشتفصل ، فإن فَسَّرَ بما هو كَفَرٌ ، صُرف إلى الفِيء ، وإلا صُرف إليه . فإن لم يُفسَّر توقَّف .

الثالث : الأسيرُ إذا ارتدَّ مكرهًا ، فإذا أفلتَ أَمَرَنَاهُ بالتجديد . وإن (٢) أبى تبَيَّن أنه كان مُرتدًّا بالاختيار ، هكذا قاله العراقيون ، وفيه نظرٌ ؛ لأنَّ المسلم لا يَكْفُر بمجرد الامتناع عن تجديد الإسلام ، وحكمُ الإسلام كان دائما [له] (٣) . ثم قال العراقيون : « إذا ارتد الأسيرُ مختارًا ، ثم رأيناه يُصَلِّي صلاة المسلمين حُكِمَ بإسلامه بخلاف الكافر الأصلي » . وفي الفرقِ إشكالٌ (٤) / .

أ/٢٥١

= الآخر ، ففي حصة المقر قولان : أحدهما : أنه للفيء ؛ مؤاخذهً بإقراره . والثاني : أنه يصرف إليه ؛ لأنَّ للناس أغراضًا في التكفير ومذاهب مختلفة) .

قلت : قال بعضهم : كان ينبغي ألا تُسمع الدعوى كما ذكر الشيخ من أن الشاهد إذا حكى كلمة الكفر فقال : (لا ينبغي أن تقبل الشهادة مطلقًا ؛ لأنَّ للناس في التكفير مذاهب مختلفة) . قلت : وإن كان كذلك وجب ألا تسمع الدعوى ؛ لأنَّ أباه كان كافرًا .

قلت : ليس ذلك بدعوى وإنما هذا إقرارٌ ، فيؤاخذ به ، وإن سلمنا ذلك فليس يشترط ذلك من جهة المقر بخلاف البينة ، فإنها مثبتة للحق ظاهرًا وباطنًا ، وأما هاهنا فإننا نؤاخذ في الظاهر بالنسبة إلى إقراره ، ولا يحكم على الأب بالكفر ويره سائر الورثة ويدفن في مقابر المسلمين . وهو إشكال ضعيف كما لا يخفى . « إشكالات الوسيط (ق ١٧٢ / ب ، ١٧٣ / أ) .

(١) في (أ) : « ولم يصرح به » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة في مسألة الصلاة من المرتد أو الكافر الأصلي : « والصحيح الذي عليه الأصحاب : أنه لا يكون إسلامًا من الأصلي بخلاف المرتد ؛ لأنَّ عُلقَةَ الإسلام باقيةً في المرتد ، فصلَّاته عَوْدٌ منه إلى ما كان .

ثم سواءً - في كل ما ذكرنا - الصلاة منفردًا وإمامًا ومقتديًا ، وهذا إذا لم يُسَمَّع منه تشهَّد فيها ، فإن سمعناه ، فهو مسلم حيثما كان ، وأي كافر كان . وفيه وجه شاذ سبق في باب الأذان » . الروضة (٧٥ / ١٠) .

الطرف الثاني

في حكم الردة

وذلك يظهر في : نفس المرتد ، وولده ، وماله ، وفي أمور أخر ذكرناها في مواضعها .

أما نفسه : فتَهْدَر في الحال ويجب قَتْلُه إن لم يُتَّب ، فإن تاب تُقْبَل إلا إذا كان زنديقاً ، ففي قبول توبته أربعة أوجه :

الظاهر : أنه تقبل ؛ إذ باب الهداية غَيْر محسوم ، فلعله اهتدى ، وقد قال ﷺ : « هَلَّا شَقَقْتُ عَنْ قَلْبِهِ !؟ » ^(١) ؛ تنبيهاً على أن النظر إلى الظاهر دون السرائر ^(٢) .

والثاني : لا تقبل ؛ لأن التقية ^(٣) عند الخوف غَيْر الزندقة .

والثالث : أنه ^(٤) إن أسلم ابتداءً من غير مطالبة : قُبِل ، وإن كان تحت السيف فلا .

والرابع : أنه إن كان داعياً إلى الضلال لم تُقْبَل ، وإلا فَتُقْبَل .

وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « إنما تُقْبَل توبة المرتد مرة واحدة ، وإن ^(٥) »

أعاد ثانياً ^(٦) لم تُقْبَل . وهو بعيد ؛ إذ مَنْ يُتَصَوَّر أَنْ يُخْطِئَ مرةً ، يُتَصَوَّر أَنْ يُخْطِئَ ^(٧) مرتين .

(١) الحديث رواه البخاري (١٩٩/١٢) (٨٧) كتاب « الديات » (٢) باب « قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ » حديث (٦٨٧٢) بإسناده عن أسامة بن زيد ، ورواه مسلم في صحيحه (٩٦/١) (١) كتاب « الإيمان » (٤١) باب « تحريم قتل الكافر بعد أن قال : لا إله إلا الله » حديث (٩٦) . ورواه أبو داود (١٠٢/٣) حديث (٢٦٤٣) .

(٢) ورجح قبول توبته في الوجيز أيضاً (١٦٦/٢) . وصححه النووي في الروضة (٧٦/١٠) . والبيضاوي في الغاية القصوى (٩٢١/٢) .

(٣) في (ب) : « التوبة » . (٤) كلمة « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولو » . (٦) في (أ) : « ثانية » .

(٧) في الأصل : « يصيب » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

وفي المبادرة ^(١) إلى قتل المرتد قولان ^(٢) :

أحدهما : يُبادر [إلى ذلك] ^(٣) ؛ لأنَّ جنايته قد تَمَّت .

والثاني : يُمهّل ثلاثة أيام ؛ لما رُوِيَ أن عمر (رضي الله عنه) قال في مرتدٍّ بادر أبو موسى الأشعري (رضي الله عنه) إلى قتله : « اللهم إني أبرأ إليك مما فعله أبو موسى ، هلاًّ حبستموه ثلاثاً ، تُلَقُّون إليه كلَّ يوم رغيفاً ؛ لعله ^(٤) يتوب ! » ^(٥) .

التفريع : إن قلنا : الإمهال لا يجب ، فيستحبُّ أو ^(٦) يُمنع ؟ فيه وجهان . فإن قلنا : يُمنع ، فإن قال ^(٧) : أمهلوني ريثما تجلو ^(٨) شُبُهتي بالمناظرة ، فهل يُناظر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ الحجة مُقدمة على السيف .

والثاني : لا ؛ لأنَّ الخيالات الفاسدة ^(٩) لا حَصْرَ لها ، فليقبل الإسلام ظاهراً ، ثم يبحث ^(١٠) .

وأما ولد المرتد . فإن تراخت الردة عن الولادة ، فالولد مسلم . فإن عُلِقَتْ ^(١١) مرتدة من مرتد ، ففي الولد ثلاثة أقوال ^(١٢) :

(١) في (أ) ، (ب) : « ثم في المبادرة » .

(٢) قال النووي : « وتجب استتابَةُ المرتدِّ في الحال » . المنهاج ص (١٣١) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « فلعله » .

(٥) هذا الأثر رواه مالك في « الموطأ » (٧٣٧/٢) (٣٦) كتاب « الأفضية » (١٨) باب « القضاء فيمن ارتد عن الإسلام » . ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٥٧/١٢) .

(٦) في (أ) : « أو » . (٧) في (ب) : « فلو قال » .

(٨) أي تتضح . انظر مختار الصحاح ص (١٠٨) مادة (ج ل ا) .

(٩) كلمة « الفاسدة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(١٠) ورجح هذا الوجه في الوجيز (١٦٦/٢) . (١١) أي حبِلَتْ .

(١٢) قال في الروضة (٧٧/١٠) : « فيه ثلاثة أقوال ، أظهرها : مسلم » .

قال النووي : كذا صححه البغوي ، فتابعه الرافعي ، والصحيح أنه كافر ، وبه قطع جميع العراقيين ، نقل القاضي أبو الطيب في كتابه « المجرد » أنه لا خلاف فيه في المذهب ، وإنما الخلاف في أنه كافر أصلي أم مرتد ؟ والأظهر : مرتد ، والله أعلم » .

أحدها : أنه كافرٌ أصليٌّ .

والثاني : أنه مرتدٌ ، يُردَّد بعد البلوغ بين الإسلام والسيِّف ويكون أسوةً أبويه .

والثالث : أنه مسلمٌ ؛ لأنَّ علاقة الإسلام باقيةً في المرتد ، والإسلامُ يعلو .

ولو خَلَفَ المعاهدون أولادًا فيما بيننا ، فإما أن نَقْبَل منهم الجزية ، أو نُلْحَقَهُمْ بِأَمْنِهِمْ . وأما أهلُ الردة ، فإنَّ التحقُّقَ بدار الحرب فلا يَثْبُت لهم حكمُ أهل الحرب في الاسترقاق ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) .

وأما مالُ المرتد ؛ ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يزول مِلْكُهُ في الحال كملك النكاح .

والثاني : لا ؛ إذ ^(٢) لا إهانة فيه على المسلم ^(٣) بخلاف النكاح .

والثالث : أنه موقوفٌ ، فإن مات - أو قُتِلَ - على الردة تبيَّن زوالُ ملكه إلى أهل الفبيء ، وإن عاد تبيَّن استمرارُ مِلْكِهِ ^(٤) .

(١) مذهب الشافعية : أن الرقَّ لا يَجْري على المرتد ، سواء كان رجلاً أم امرأة ، وسواءً لحق بدار الحرب أم أقام بدار الإسلام . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

وقال أبو حنيفة : إذا لحقت المرتدة بدار الحرب ، جاز استرقاقُها ؛ لأنَّ أبا بكر سبى بني حنيفة واسترق نساءهم ، وأمَّ محمد بن الحنفية من سبيهم .

وقد استدلل ابن قدامة لما ذهب إليه الحنابلة وغيرهم بقوله : ولنا قولُ النبي ﷺ : « من بَدَّل دينه فاقتلوه » ولأنه لا يجوز إقراره على كفره ، فلم يَجْز استرقاقُه كالرجل . ولم يثبت أن الذين سباهم أبو بكر (رضي الله عنه) كانوا أسلموا ، ولا ثبت لهم حُكْمُ الردة . فإن قيل : فقد رُوِيَ عن علي (رضي الله عنه) أن المرتدة تُسبى . قلنا : هذا الحديث ضعيفٌ ضعفه أحمد (رحمه الله) . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٠) . روضة الطالبين (٧٧/١٠) . المغني لابن قدامة (١٣٦/٨) . الفروع لابن مفلح (١٧٦/٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا إهانة على المسلم فيه » .

(٣) وهذا القول هو أظهر الأقوال الثلاثة . انظر : الروضة (٧٨/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) . الغاية القصوى

التفريع : إن قلنا بزوال ملكه ^(١) ، فكلُّ دَيْنٍ كان لِرَمِّه قبل الردة يُقضى من ماله ، كما يُقضى من تركة الميت . ولاخلاف أنه يُنْفَق عليه من ماله . وهل يُنْفَق على أقاربه المسلمين ؟ وهل تقضى ديونُهُ التي التَزَمَها في الردة ^(٢) بإتلافه ؟ فيه وجهان ^(٣) . فلو احتطب حصل الملك للفيء ، كما يحصل باحتطاب العبد للسيد ، وكذا في اتّهابه وشرائه من الخلاف ما في العبد . ولاخلاف أنه إذا عاد إلى الإسلام ، عاد مِلْكُهُ ورَهْنُهُ كما يعود إن صار الخمرُ خلًّا .

وإن فرعنا على بقائه ^(٤) ، فللسلطانِ ضَرْبُ الحَجَرِ عليه في التصرف ؛ نظرًا للفيء . ثم هل يتحجر بالردة أم يحتاج إلى حَجَرِ السلطان ؟ فيه خلافٌ ^(٥) . ثم ذلك الحَجَرُ ، كحجر السّفيه أو المفلس ؟ فيه خلاف ^(٦) ، وحكمهما مذكورٌ في موضعه . فإن قلنا : يحتاج إلى ضرب الحجر ، نفذ تصرفه قبله ، وقيل : هو كصرف المريض ، وتكون حقوقُ أهل الفيء كحقوقِ الغرماء حتى لاينفذ معه التبرعات ، ولا في الثلث .

(١) في (أ) ، (ب) : « إن قلنا : يزول ملكه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالردة » .

(٣) والأصح في المسألتين أنه : يُنْفَق من ماله على أقاربه المسلمين الذين يجب عليه نفقتهم ، ويُقضى ديونُهُ التي وجبت بإتلافه في مدة ردته . انظر : الروضة (٧٩/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

(٤) يعني إن فرغنا على بقاء ملكه وأنه لايزول بالردة .

(٥) والأصح أنه لا بد من حَجَرِ السلطانِ أو القاضي . انظر الروضة (٨٠/١٠) .

(٦) والأصح أنه كحجر المفلس كما في الروضة (٨٠/١٠) .

ثم السفيه هو من يذر في ماله ، ويُسَيِّ تَصَرُّفَهُ فيه ، كأن يُنْفَقه في محرّم ، أو يُلقيه إهلاكًا ، أو يحتمل غَبْنًا فاحشًا في المعاملة .

ولا بُدَّ في الحجر على السفيه من حكم القاضي عليه . وأثر الحجر عليه يظهر في بعض تصرفاته ، ومنها تصرفه المالي فلا يصح تصرفه المالي ولو بإذن الولي في الأصح عند الشافعية . ومن ثم فلا يصح منه بَيْعٌ ولا شراء ولا هِبَةٌ ، ولا يصح إقراضه بِدَيْنٍ قبل الحجر عليه أو بعده كالصبي ، كما لا يصح إقراره بإتلاف المال ، أو بجناية تُوجب المال في الأظهر . والحكم في السفيه كالحكم في الصبي والمجنون في وجوب الضمان بإتلاف مال الغير بغير إذنه

وإن فرغنا على الوقف ^(١) لم يَنْقُذْ منه إلا كُلُّ تصرفٍ قابلٍ للوقف ^(٢) .

* * *

= وأما المفلِسُ فهو من لا مال له ، وهو المعدم . وفي الشرع يُطلق على من لا يَفي ماله بِدَيْنِهِ ، أو الذي أحاط الدَّيْنُ بِماله ، أو من لزمه من الدَّيْنِ أكثر من ماله الموجود .

ويحتاج الحجرُ عليه أيضًا إلى قضاءِ القاضي . فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ، فلا ينفذ تصرفُهُ فيه بما يضرهم ، فتبطل تبرعائه ، كالهبة والصدقة ، ولا يُقبل إقراره أصلًا - بعد التفليس - على ماله . ويطل بيعُهُ وشراؤه ونحوهما من المعاوضات المالية على الأظهر عند الشافعية .

والفرقُ بين الحجر على السفية والحجر على المدين ، أن حجر السفية لمعنى في نفسه ، وهو سوء اختياره لا لحقِّ الغرماء . أما الحجرُ بسبب الدَّيْنِ ، فهو لمصلحة الدائنين ، وكلاهما يحتاج إلى قضاء القاضي . وكذلك المحجور عليه بالدَّيْنِ ، لو أقر - حالة الحجر - ينفذ إقراره بعد زوال الحجر ولو فيما سيحدث له من مال ، أما المحجور عليه بالسفه ، فلا يجوز إقراره بالدَّيْنِ ، لا حال الحجر ولا بعده ، لا في المال القائم ولا الحادث له فيما بعد . انظر الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٤٤٢/٥ ، وما بعدها ، ٤٥٨ ، ٤٦٠) .

(١) أي إن فرغنا على القول بوقف ملكه حتى ننظر هل يعود إلى الإسلام أو لا ؟ .

(٢) وذلك حتى إذا رجع إلى الإسلام نفذناه ، وإلا فلا . والتصرف الذي يحتمل الوقف ، فكالتق وتديير العبد ، والوصية . وأما بيعه ورهنه وكتابته لعبده : فباطلة ، وفي قول قديم للشافعي (رحمه الله) أنها موقوفة أيضًا . انظر الروضة (٨٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

كتاب حد الزنا

الجنابة الثالثة هي : الزنا

وهي جريمة موجبة للعقوبة : إما الرجم ، وإما الجلد .

والنظر في طرفين :

الأول : في الموجب والموجب . والضبط فيه أن : إيلاج الفرج في الفرج ، المحرم قطعاً ، المشتبه طبعاً - إذا انتفت الشبهة عنه - سبب لوجوب الرجم على المحسن ، ولوجوب الجلد والتغريب على غير المحسن . وفي الرابطة قيود لا بد من كشفها :

أما الإحصان ، ^(١) فهو عبارة عن ثلاث خصال : التكليف ، والحرية ، والإصابة في نكاح صحيح ؛ فإذا انتفى التكليف سقط أصل الحد ؛ فلا حد على المجنون والصبي . وإذا انتفت الإصابة ^(٢) فقد سقط الرجم ووجب جلد مائة ، وتغريب عام . ولا تقوم الإصابة في ملك اليمين مقامه . وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة ، فقولان ، أصحهما : أنه لا يُحصن كما في التحليل ^(٣) . والأصح / أنه لا يُشترط وقوع الإصابة ب/٢٥١ بعد الحرية والتكليف . وفيه وجه : أنه لا أثر للإصابة في الصبي والمجنون ^(٤) والرق ؛ إذ ليس يحصل التحصن بالمباح به ^(٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « الحصانة » .

(٢) يعني إذا وطئها في نكاح فاسد أو وطء شبهة .

(٣) يعني أن المرأة المطلقة ثلاثاً تحرم على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ، ثم يطأها ، فإذا مات عنها أو طلقها حلت لزوجها الأول - إذا أراد نكاحها - بعقد جديد . أما إذا وطئها الزوج الثاني في نكاح فاسد أو وطئت بشبهة فلا تحل لزوجها الأول بهذا الوطء .

(٤) في (أ) : « المجنون » .

(٥) قال في الروضة (٨٦/١٠) : « وهل يحصل - يعني الإحصان - بوطء زوجة قبل التكليف والحرية ؟ وجهان ، أصحهما عند الجمهور - وهو ظاهر النص - : لا ، فلا يجب الرجم على من وطئ في نكاح صحيح ، وهو صبي أو مجنون أو رقيق ، ثم زنى بعد كماله » .

وقال ابن الصلاح تعليقاً على الوجه الذي ضعفه الغزالي : « وضَعَفَهُ مَعَ أَنَّهُ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ =

ولا خلاف أنه لا يُعتبر وجود هذه الخصال في الواطئين . فالرفيق إذا زنا بحرة رُجمت ، وكذا بالعكس . (١) فإذا وطئ (١) البالغة صغيراً ، ففيه وجهان ، وكذا بالعكس .

المشهور . وقال في تعليقه : (إذ ليس يحصل التحصن بالمباح به) . وهذا مُشْكِل ، وشروحه أن لفظ « التحصين » في هذا ، عبارة عن العقبة عن الزنا ، فإن لفظ « الإحصان » و « التحصين » مُشْتَرِكٌ بين أشياء ، منها هذا ، ومنها الإسلام ، ومنها الحرية ، فالمكلف الحرُّ مُحصن لكونه ذا زوجة وقد وطئها حرصاً على حفظه فراشه من التلطيح بالزنا حتى يمنعه ذلك من أن يَلْطَحَ فراش غيره بالزنا منه ، فإذا زنى كان زناه أشدَّ قُبْحاً ، فغلظت عقوبته بالرجم . وهذا لا يحصل بما إذا وُجد منه الوطء المباح في زوجة تزوجها وهو رقيق أو غَيْرُ مكلف ؛ لأنه مع نقصه بذلك لا يأنف من تلطيح فراش غيره أَنْفَهُ الحرُّ المكلف ، وكأنه قال : إذ لا تحصل العفة الحاصلة بالوطء المباح الصادر من الحر المكلف بهذا الوطء المباح الصادر من هذا الناقص ، ووجهه ما بينته ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٤ / ١) وما بعدها .

قال الحموي : قوله في الجنابة الثالثة - وهي الزنا - : (أما الإحصان فهو عبارة عن ثلاث خصال : التكليف ، والحرية ، والإصابة في نكاح صحيح ، وإذا انتفى التكليف سقط أصل الحد ، فلا حدٌ على المجنون والصبي ، وإذا انتفت الإصابة سقط الرجم ووجب جلدٌ مائة وتغريب عام ، ولا تقوم الإصابة في ملك اليمين مقام النكاح ، وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة فقولان : أصحهما : [أنه] لا يُحصن كما في التحليل ، والأصح : أنه لا يشترط وقوع الإصابة بعد الحرية والتكليف ، وفيه وجه : أنه لا أثر للإصابة في الصبا والمجنون والرق ؛ إذ ليس يحصل التحصين بالوطء المباح به) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (إذ ليس يحصل التحصين بالمباح) ولا خلاف أن نكاحهما صحيح إذا عقده الولي ، وكذلك وطؤهما مباح ، وهو إشكال ظاهر لمن يتأمله .

قلت : أراد به أن الإحصان لا يحصل إلا بالوطء الذي يبيح المطلقة ثلاثاً ، فكأنه قال : ليس يحصل التحصين بالوطء المباح الذي هذا شأنه ، بل يحصل التحصين بالوطء الذي يملك به الثلاث ، مع التكليف بكونه عاقلاً غير مجنون وبالعلاً غير صبي .

وأما قلنا : أنهما لا يملكان الثلاث ، وذلك إنما يكون فيمن اجتمعت فيه الحرية التي يملك بها الثلاث ؛ لأن الصبي لا يصح طلاقه ، والعبد إن كان يصح طلاقه إلا أنه لا يملك الثلاث ، وإن كان كذلك صح ما ذكره وحمل المباح على ما ذكرناه ؛ لأنه صالح له فلم يُحْمَلْ على أن الوطء غير مباح لامتناعه ، فإذا دار لفظ بين محلين : أحدهما يقتضي صحة اللفظ ، والآخر يقتضي الفساد ، حملناه على ما يقتضي الصحة ؛ تصحيحاً لكلام ذلك القائل ، هذا فيما لم يكن له رتبة الإمام الغزالي ، فكيف برتبته (قدس الله روحه) ؟ وبه خرج الجواب . إشكالات الوسيط (ق ١٧٤ / ١ - ١٧٥ /) .

(١) في (أ) : « أما إذا وطئ » .

ولئما ينقذح هذا في الذي لا يَشْتَهِي ، أما المراهق فلا يَنْقذح فيه خلافاً ؛ إذ العاقلة إذا مَكَّنَتْ مجنوناً رُجِمَتْ . والمراهق المشتهي كالمجنون . والشيْب إذا زنى بيكرٍ رُجِمَ وجِلِدَتْ ، وكذا بالعكس .

أما الحرية إذا انعدمت اقتضى تشطير الحدِّ ، فيجلد ^(١) الرقيق خمسين جلدة ، وفي تغريبه قولان :

أحدهما : أنه لا يُعَرَّب ؛ نَظَرًا للسيد .

والثاني : أنه يُعَرَّب .

وفي قدره وجهان :

أحدهما : أنه يُعَرَّب نصفَ سنة ؛ تشطيرًا ^(٢) .

والثاني : أنه يكمل ؛ لأنَّ مايتعلَّق بالطباع لا يؤثر فيه الرقُّ كمدة العتَّة .

ثم في أصل التغريب مسائل :

الأولى : أن المرأة لا تُعَرَّبها إلا مع مَحْرَم . فإن كانت الطرق آمنةً ، ففي تغريبها من غير مَحْرَم وجهان ^(٣) ، ووجهه : أنَّ هذا سفر واجب كالهجرة ^(٤) .

فإن أوجبنا المحْرَمَ ، ^(٥) ولم يُوافق إلا بالأجرة فأجرته عليها ^(٥) على وجهه ، [وعلى بيت المال على وجهه] ^(٦) كأجرة الجلاد ^(٧) .

(١) في (أ) : « فَلْيَحْدِّ » .

(٢) وهذا هو الأظهر ، أنه يُعَرَّب نصفَ سنة . انظر الروضة (٨٧/١٠) ومنهاج الطالبين ص (١٣٢) .

(٣) والأصح أنها لا تُعَرَّب وحدها . انظر الروضة (٨٧/١٠) .

(٤) يعني أن وجهه تغريبها وحدها أنه كالسفر الواجب عليها ، فيلزمها القيام به .

(٥) في (أ) : « ولم يُوافق إلا بأجرة ، فالأجرة عليها » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) والأصح أنَّ أجرته تخرج من مالها . انظر الروضة (٨٨/١٠) .

وهل للسلطان إجبارُ المحرم بالأجرة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه تغريبٌ مَنْ لا ذَنْبَ له ^(١) .

والثاني : نعم ، وإنما هو استعانة ^(٢) في إقامة حَدٍّ ؛ فتجب الإجابة .

الثانية : مسافةُ الغربة يُقَدَّرُها السلطان ، ولكن لا تَنْقُصُ عن مرحلتين ^(٣) ؛ لأنَّ الوحشة تَلْتَقِي بتواضُلِ الخبر .

ثم إذا غرَبناه ^(٤) إلى بلدة لم نمنعه من الانتقال إلى أخرى ، وقيل : يمنع . وهو زيادةٌ حبسٍ ضُمَّ إلى تغريبٍ بغير دليل .

نعم ، لو عيَّن ^(٥) الإمامُ جهةَ المشرق ، والتمس جهةَ المغرب ^(٦) ، ففيه خلافٌ ، والظاهرُ : اتباعُ رأيِ الزاني ^(٧) ؛ لأنَّ الغرضَ الإزعاجَ ^(٨) . نعم ، الغريبُ إذا زنى أزعجناه ؛ لينقطع عن محلِّ الفاحشة ^(٩) . فلو كان إلى وطنه مرحلتان فلا تُغَرَّبُهُ إلى وطنه . وإن غَرَبناه إلى بلدة ، فانتقل إلى وطنه ، ففي مَنعِهِ نظرٌ ، والظاهرُ أنه لا يمنع ^(١٠) .

الثالثة : لو عاد المُغَرَّبُ إلى مكانه ، غَرَبْتَاهُ ثانيًا ، ولم تُحَسَّبِ المدةُ الماضيةُ على الأظهر ؛ لأنَّ لِتوالي الغربة تأثيرًا لا يُنْكَرُ كتوالي الجُلْدَات .

هذا بيانُ الإحصان . أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا ، بل يُؤْجَمُ الذميُّ إذا

(١) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (٨٨/١٠) والمنهاج ص (١٣٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « استعماله » . (٣) أي حوالي (٩٠) كم .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بلد » . (٥) في (أ) ، (ب) : « خصّ » .

(٦) أي والتمس المُغَرَّبُ جهةَ المُغَرَّب .

(٧) والأصح هو اتباع رأي الإمام . انظر الروضة (٨٨/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٥/٢) .

(٨) يعني نُقِلَ من مكان إلى مكان .

(٩) في (أ) ، (ب) : « عن طرف الفاحشة » .

(١٠) في الروضة (٨٩/١٠) أن الأصح أنه يُمنع ، وكذا في المنهاج (١٣٢) .

رضي بحكمنا ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١) ؛ وقد رجم النبي ﷺ يهوديين ^(٢) بإقرارهما كانا قد أحصنا ^(٣) ، وذلك إذا رَضُوا بحكمنا . ولو رَضُوا في شرب الخمر لم

(١) مذهب الشافعية : أن الإسلام ليس من شرط الإحصان ، فإذا زنى ذميّ مكلف حرّ ، وطبىء في نكاح صحيح : رُجِمَ . وهو مذهب الحنابلة أيضاً . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١٤٧) . الوجيز (١٦٨/٢) . الروضة (٩٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) . المغني لابن قدامة (١٦٣/٨) . منار السبيل في شرح الدليل (٣٦٦/٢) . رحمة الأمة ص (٣٧٣) .

ومذهب الحنفية : أن الإسلام شرط في الإحصان ، فإذا زنى الذمي المتزوج ، فلا يُرجم ، إذ لا يُتَصَوَّر الإحصانُ في حقه . ولكن يُجلد عند أبي حنيفة ، وهو مذهب مالك أيضاً ، وعنده يُعاقبه الإمام اجتهداً . وزوي عن أبي يوسف كقول الشافعي (رحمهم الله جميعاً) . وزاد مالك أن الذمي لا يحدُّ أيضاً إذا زنى . انظر : المبسوط (٣٩/٩) . رموس المسائل ص (٣٥٤) . الهداية (٣٨٥/٢) . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٧٢/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) . الكافي لابن عبد البر ص (٥٧٤) . القوانين الفقهية ص (٣٥٨) . المنتقى (١٣٢/٧) . الشرح الكبير (٣١٣/٤ ، ٣٢٠) . أسهل المدارك (١٦٤/٣) . مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٩٤/٦) . بداية المجتهد لابن رشد (٥٣٢/٢) .

قال الحموي : « قوله فيه : (أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا ، بل يرمم الذمي إذا رضي بحكمنا ، خلافاً لأبي حنيفة) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد [عليه] إشكال من حيث إنه شرط في الذمي إذا رضي بحكمنا ؛ لأن الزمة في الابتداء لا تنعقد إلا بالتزام أحكامنا وبه فسر قوله تعالى : ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ ، وأما إن كان رضي به عند إقامة الحد عليه فليس يشترط رضاه ؛ إذ لو شرط رضاه لسقط الحدُّ عنه إذا لم يَرْضَ بذلك . قلت : أراد به أنه إذا عقد الزمة ولم يتعرَّض لهذا فإنه يصح عقدُها ونقيم عليه الحدُّ ؛ لأن الإطلاق يقتضيه فكان كما لو صرح بالرضا .

قلت : لا يبعد أن يقال إن الألف التي في آخر « إذا » زائدة ، وقع ذلك خطأً من الناسخ أو الناقل ، ويكون « إذ » للتعليل ورضاه بذلك ؛ نظراً لإطلاق اللفظ على ما ذكرناه « إشكالات الوسيط (ق ١٧٥ / ١) . (٢) في (أ) ، (ب) : « ذميّ » .

(٣) الحديث رواه البخاري (١٧٢/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « أحكام أهل الزمة وإحصانهم إذا زنوا ، ورُفِقُوا إلى الإمام » حديث (٦٨٤١) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامراًة زنياً ، فقال لهم رسول الله ﷺ : ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ فقالوا : نفضحهم ويُجلدون . قال عبد الله بن =

نَحْدُهم ؛ لأنهم لا يعتقدون تحريمه ، وقد التزمنا مُتَارَكَتَهُمْ . والأظهرُ أن الحنفِيَّ يُحَدُّ على شُرْبِ التَّبِيدِ ^(١) ؛ لأنه في قبضة الإمام ، والحاجةُ مَأْسَةٌ إلى زَجْرِهِ .

فأما قولنا : (إيلاج فرج في فرج) فيتناول اللواط ، وفيه أربعة أقوال :

أحدها : أنه يُقْتَلُ الفاعلُ والمفعولُ [به] ^(٢) بالسيف ؛ لقوله ﷺ : « من رأيتموه يعملَ عَمَلَ قومِ لوطٍ فاقتلوا الفاعلَ والمفعولَ به » ^(٣) .

والثاني : أنه يُرْجَمُ بكلِّ حالٍ ؛ تغليظًا .

= سلام : كذبتم ، إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها ، فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده ، فإذا فيها آية الرجم ، قالوا : صدق يا محمد ، فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله ﷺ فُرِجِمَا .

ورواه مسلم (١٣٢٦/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٦) باب « رجم اليهود أهل الذمة في الزنا » حديث (١٦٩٩) . ورواه أبو داود (٥٩٣/٤) حديث (٤٤٤٦) . والترمذي (٣٤/٤) حديث (١٤٣٦) . وابن ماجه (٨٥٤/٢) حديث (٢٥٥٦) جميعا من طرق عن نافع عن ابن عمر به .

(١) وذلك أن مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة أن كل شراب ، أسكر كثيره فقليله حرام ، ويُسمى خمرا ، وفي شربه الحد ، سواء كان من عنب ، أو تمر ، أو زبيب أو حنطة ، أو شعير ، أو ذرة ، أو أرز ، أو عسل ، أو لبن ، أو نحو ذلك ، وسواء كان نبيقا أم مطبوخا .

أما أبو حنيفة (رحمه الله) فعنده : أن ما يُتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلالٌ ولا يُحد شاربه عنده وإن سكر منه . انظر : الهداية (٤٤٨/٤) . رحمة الأمة ص (٢٨٦ ، ٢٨٧) . الفقه الإسلامي (٦ / ١٥١ - ١٥٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٠٧/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢٩) باب « فيمن يعمل عَمَلَ قومِ لوط » حديث (٤٤٦٢) . بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : قال رسول الله ﷺ : « من وجدتموه يعملَ عَمَلَ قومِ لوطٍ ، فاقتلوا الفاعلَ والمفعولَ به » .

ورواه الترمذي (٣٧/٤) حديث (١٤٥٦) . وابن ماجه (٨٥٦/٢) حديث (٢٥٦١) . ورواه أحمد في مسنده (١ / ٣٠٠) حديث (٢٧٢٧) . ورواه الدارقطني في السنن (١٢٤/٣) ، والحاكم في مستدركه (٣٥٥/٤) وصححه ، ووافقه الذهبي . والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٣١٣/١٢) .

والثالث - وهو مُخَرَّج - : أن الواجب التعزير .

والرابع : أنه كالزنا ؛ فَيُوجِبُ الرَّجْمَ عَلَى الْمُحْصَن ، وَالْجُلْدَ عَلَى غَيْرِهِ ^(١) .

ثم الإصابة في نكاح صحيح ، هل يَتَقَدِّحُ اعْتِبَارُهَا ^(٢) فِي الْمَفْعُولِ [به] ^(٣) ؟ فيه نظر وتردد . وفيما ^(٤) إذا أُتِيَ امْرَأَةً أَجْنَبِيَّةً ^(٥) ، قيل : هو كاللواط ، وقيل : هو كالزنا قطعاً ^(٦) . والغلامُ المملوكُ كغير المملوك . وقيل : إنه كَوَطْءِ الْأَخْتِ الْمَمْلُوكَةِ .

ولو أُتِيَ زَوْجَتَهُ أَوْ جَارِيَتَهُ ^(٧) فِي دَبْرِهَا ، فَاَلْمَذْهَبُ : سَقُوطُ الْحَدِّ ؛ لِأَنَّهَا مَحَلُّ الِاسْتِمْتَاعِ بِخِلَافِ الْغُلَامِ ^(٨) ، وفيه وجه بعيد .

فأما قولنا : (مُشْتَهَى طَبْعًا) احترازاً به ^(٩) عَنِ الْإِيلَاجِ فِي الْمَيْتِ ، فَلَا حُدَّ فِيهِ ، بَلِ التَّعْزِيرُ .

وفي البهيمة قولان ، المنصوصُ : أنه التعزير [لا غير] ^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُشْتَهَى فِي حَالَةِ الْاخْتِيَارِ . وفيه قول مُخَرَّجٌ أَنَّهُ كَاللَّوْطِ ^(١١) .

وعلى هذا فِي قَتْلِ الْبَهِيمَةِ وَجْهَانِ . وَوَجْهُ الْقَتْلِ ^(١٢) : قَوْلُهُ ﷺ : « اقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ » فَقِيلَ لِلرَّائِي : مَا ذَنْبُ الْبَهِيمَةِ ؟ فَقَالَ : إِنَّمَا تُقْتَلُ حَتَّى لَا تُذَكَّرَ ^(١٣) .

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٩٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

(٢) فِي (أ) ، (ب) : « اعْتَبَارُهُ » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) فِي (أ) ، (ب) : « ثُمَّ » . (٥) يعني إذا أتاها في دبرها .

(٦) والأصح أنه كاللواط بالذكر ، فيجزي في الفاعل الأقوال المذكورة ، والأصح أنه كالزنا في حقه ، فَيُرْجَمُ إِنْ كَانَ مُحْصَنًا ، وَيُجْلَدُ وَيُغْرَبُ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْصَنٍ . انظر : الوجيز (١٦٨/٢) . الروضة (٩١/١٠) .

(٧) فِي (أ) : « وَلَوْ أُتِيَ جَارِيَتَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ » .

(٨) والمذهب أنه - وإن سقط الحد - ففيه التعزير . انظر الروضة (٩٠/١٠) .

(٩) فِي (ب) : « فَاحْتَرَزْنَا بِهِ » . (١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١١) والأظهر أن فيه التعزير كما في الروضة (٩٢/١٠) والوجيز (١٦٨/٢) .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « وَجْهَهُ » ، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ (أ) ، (ب) .

(١٣) هذا الحديث مُلَفَّقٌ مِنْ حَدِيثَيْنِ :

إذا تلوط ببهيمة ، فهل تُقتل أو تذبح ؟

وفيه وجه : أنها إن كانت مأكولة ذُبِحت ، وإلا فلا ؛ لأن حرمة الروح مَرَعِيَّة ، ولا تكليف^(١) . فإن قلنا : تُقتل - وكانت محرمة اللحم - ففي وجوب قيمتها وجهان : أحدهما : لاتبج ؛ لأنه^(٢) مُستَحَقَّة القتل شرعاً .
والثاني : نعم ؛ لأنه السبب^(٣) .

ثم تجب على الفاعل ، أو على بيت المال ؟ فيه وجهان . وإن كانت مأكولة اللحم ، ففي جِلِّ أكلها وجهان إذا ذُبِحت ، والأصح : الحلُّ .
والثاني : لا / ؛ لأنه حيوانٌ وَجِبَ قَتْلُهُ .

١/٢٥٢

فإن أوجبنا الحدَّ ، فلا بُدَّ من أربعة عدولٍ . وإن أوجبنا التعزير ، ففيه وجهان ، والنصُّ يدلُّ على اشتراط العدد^(٤) .

= (الأول) : قوله : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وقد سبق تخريجه .

(والثاني) : قوله : « فليل للراوي : ما ذُنِبَ البهيمة ؟ ... » وهذا الحديث رواه أبو داود في سننه (٦٠٩/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٠) باب « فيمن أتى بهيمة » حديث (٤٤٦٤) بإسناده عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ : « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا معه » . ورواه الترمذي في سننه (٤٦/٤) (١٥) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « ما جاء فيمن يقع على البهيمة » حديث (١٤٥٥) وفيه زيادة « فليل لابن عباس : ما شأن البهيمة ؟ قال : ما سمعتُ من رسول الله ﷺ في ذلك شيئاً ولكن أرى رسولَ الله ﷺ كَرِهَ أن يؤكل من لحمها أو يُشْتَفَع به ، وقد عُملَ بها ذلك العملُ » . ورواه ابن ماجه (٨٥٦/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٣) باب « من أتى ذاتَ محرم ، ومن أتى بهيمة » حديث (٢٥٦٤) . ورواه أحمد في مسنده (٢٦٩/١) جميعاً من طرق عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ به . وانظر معرفة السنن والآثار للبيهقي (٣١٦/١٢) . التلخيص الحبير (٩٢/٤) .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٩٢/١٠) .

(٢) في (أ) : « لأنها » .

(٣) والأصح أن الضمان على الفاعل . انظر الروضة (٩٢/١٠) .

(٤) أي فيشترط شهادة أربعة عدول ، وهو نص الشافعي (رحمه الله) - كما في مختصر المزني ص (٢٦١) - قال : « ولا يجوز على الزنا واللواط وإتيان البهيمة إلا أربعة يقولون : رأينا ذلك منه يدخل في ذلك منها دخولُ المروء في المكحلة » .

وقولنا : (محرم) احترزنا به عن وطء المنكوحة : الصائمة ، والمحترمة ، والحائض ، والرجعية ، فلا حد فيه ؛ إذ ليس التحريم لِعَيْنِهِ ^(١) .

وقولنا : (قطعاً) احترزنا به عن الوطء بالشبهة ، وفي النكاح الفاسد ، وفي المتعة ، فإن فيه كلاماً ^(٢) .

وقولنا : (لا شبهة فيه) مأخوذ من قوله ﷺ : « ادركوا الحدود بالشبهات » ^(٣) .

والشبهة ثلاثة [وهي] ^(٤) : إما في المحل ، أو الفاعل ، أو طريق الإباحة .

(١) يعني أن التحريم لعارض الصوم والإحرام والحيض ، والطلاق الرجعي .

(٢) والصحيح أنه لا حد في هذه الثلاثة . انظر الوجيز (١٦٨/٢) .

(٣) رَوَى الحديث بغير هذا اللفظ مرفوعاً وموقوفاً ، فَرَوَى مرفوعاً من طريق علي بن أبي طالب وأبي هريرة وعائشة (رضي الله عنهم) . أما حديث علي فرواه الدارقطني في سننه (٨٤/٣) وفي إسناده مختار ابن نافع التيمي ، وكنيته أبو إسحاق التمار ، قال فيه ابن حبان : كان يأتي بالمناكير عن المشاهير حتى يشبى إلى القلب أنه كان المتعمد لذلك . وقال فيه الذهبي : قال النسائي وغيره : ليس بثقة . انظر : المجروحين لابن حبان (٩/٣) . والمغني في الضعفاء للذهبي (٦٤٦/٢) . وأما حديث أبي هريرة فرواه ابن ماجه في سننه (٨٥٠/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (٥) باب « الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات » حديث (٢٥٤٥) مرفوعاً بلفظ « ادفعوا الحدود ما وجدتم له مذقاً » وفي إسناده إبراهيم بن الفضل ضعفه أحمد وابن معين والبخاري كما في مصباح الزجاجة (٧٠/٢) برقم (٩٠٤) .

وأما حديث عائشة فرواه الترمذي (٢٥/٤) (١٥) كتاب « الحدود » (٢) باب « ما جاء في درء الحدود » مرفوعاً بلفظ « ادركوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم . فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » . ورواه الحاكم في المستدرک (٣٨٤/٤) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وتعقبه الذهبي بأن فيه يزيد بن زياد الشامي وهو متروك كما قال النسائي . انظر تلخيص المستدرک (٣٨٤/٤) .

وقد رَوَى هذا الحديث موقوفاً على ابن مسعود ، فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥١١/٥) بلفظ « إذا اشتبه عليك الحد فاذرْهُ » . وقال الشوكاني : ورواه ابن حزم في كتاب « الإيصال » عن عمر موقوفاً عليه . وقال الحافظ : وإسناده صحيح . انظر نيل الأوطار (٢٣٤/٧) وما بعدها .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

أما الشبهة في « المحل » فكالمملك ، فلاحدُّ على من يطأ مملوكته وإن كانت مُحَرَّمَةً عليه برضاع ، أو نسب ، أو شَرِكَة في مِلْك ، أو تزويج ، أو عدة من الغير ؛ لأن المبيح ^(١) قائم كما في وطء الصائم والحائض .

وإذا وطئ جارية ابنه وأخبلها ، فلاحدُّ ؛ إذ انتقل الملك إليه . وإن لم تحبل فالظاهر أنَّ لحدَّ ؛ لأن له في ماله شبهة استحقاق الإعفاف . وللشافعي (رضي الله عنه) قول قديم : أن الحدَّ يجب حيث يَحْرُمُ الوطء بالنسب والرضاع ، ويجري في كل تحریم مؤبد ، ولا يجري في الحيض والصوم . وهل يجري في المملوكية المعتدة والزوجة ؟ ، فيه تردد ^(٢) .

وأما الشبهة في « الفاعل » فهو أن يَظُنُّ التحليل كما لو زُفَّت إليه غَيْرُ زوجته ، فظنها زوجته ^(٣) ، أو صادف امرأة على فراشه ظنَّها زوجته القديمة ، أو عقد عقدًا ظنه صحيحًا [وليس بصحيح] ^(٤) : فلاحدُّ ؛ إذ لا إثم مع الظن .

وأما الشبهة في « الطريق » [فهو كل ما] ^(٥) اختلف العلماء في إباحتها ، فلاحدُّ على الواطئ في نكاح المتعة ؛ لمذهب ابن عباس (رضي الله عنه) ^(٦) ، وفي نكاح بلاولي ؛ لمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ، وبلا شهود ؛ لمذهب مالك (رحمه الله) . وفي القديم قولٌ : أنه يجب في نكاح المتعة ؛ لأنه ثبت نَشْخُهُ قطعًا . وذهب الصَّيْرَفِيُّ إلى إيجابه في نكاح بلاولي حتى على الحنفِي ؛ لظهور الأخبار فيه ، وجعله كالحنفِي إذا شرب النبيذ . وهو بعيدٌ .

(١) في (أ) ، (ب) : « المنع » وهو خطأ .

(٢) والمذهب أنه لحدُّ في وطء كل منهما . انظر الروضة (٩٣/١٠) .

(٣) قوله : « فظنها زوجته » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٦) إذ قد ثبت عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه رخص في متعة النساء عند الحاجة ، ثم رجع عن ذلك . فقد روى البخاري في صحيحه (٧١/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣١) باب « نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عن نكاح المتعة أخيرًا » حديث (٥١١٦) بإسناده عن أبي جمره قال : سمعت ابن عباس يُسْأَلُ عن مُتْعَةِ النساء ، فرَخَّصَ ، فقال له موَلَى له : إنما ذلك في الحال الشديد ، وفي النساءِ قَلَّةٌ ، أو نحوه ، فقال ابن عباس : نعم . وانظر فتح الباري (٧٨/٩) وفيه أن ابن عباس رجع عن قُتْيَاهُ تلك ، وقد وقع الإجماع على تحريمها إلا الروافض .

وماجاوز هذه الشبهات فلا عبْرَة بها عندنا ، فيجب الحد على من نكح أمّه ، أو محارمه ، أو زنى بها ^(١) .

وكذا إذا استؤجرت للزنا ^(٢) ، أو أباحت المرأة نفسها أو جاريتها ، أو زنا ناطق بخرساء ، أو أخرس بناطقة ^(٣) ، أو عاقلة مكنت مجنوناً ^(٤) ، أو اعترف أحد الواطنين

(١) مذهب الشافعية : أن من عقد على مخرم له بنسب أو رضاع أو مصاهرة عالماً بالتحريم ، فالعقد باطل . فإن دخل بها فيجب إقامة الحد عليه ؛ لأنه وطء صادق محلل مطلقاً بتحريمه عليه . وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية ، وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : التنبيه (١٤٨) . منهاج الطالبين ص (١٣٢) . الكافي ص (٥٧٤) . القوانين الفقهية ص (٣٥٩) . الشرح الكبير (٣١٤/٤) وما بعدها . أسهل المدارك (١٦٢/٣) . مواهب الجليل (٢٩١/٦) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٣/٩) . رحمة الأمة ص (٢٧٥) . المغني لابن قدامة (١٨٢/٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا تزوج بواحدة من محارمه ودخل بها ، لم يُحد وإن كان عالماً بالتحريم ولكن يعزّر فقط . وخالفه صاحبه أبو يوسف ومحمد في هذا كما تقدم . انظر : الهداية (٣٨٩/٢) . الاختيار (٨٩/٤) . رعوس المسائل ص (٤٨٤) . حاشية الشلبي على تبين الحقائق (١٧٩/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) .

(٢) مذهب الشافعية : أن من استأجر امرأة ليزني بها ، أقيم عليه الحد . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التنبيه (١٤٨) . الروضة (٩٤/١٠) . منهاج ص (١٣٢) الشرح الكبير (٣١٤/٤) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (١٦٢/٣) . مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٩١/٦) . بداية المجتهد (٥٣٠/٢) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع شرح المقنع (٧٣/٩) . المغني لابن قدامة (٢١١/٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من استأجر امرأة ليزني بها ، فزنى ، فلا حدّ عليهما ، وخالفه صاحبه أبو يوسف ومحمد . انظر : المبسوط (٥٨/٩) . رعوس المسائل ص (٤٨٧) . الاختيار (٩٠/٤) . ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) . تبين الحقائق (١٨٤/٣) .

(٣) انظر المبسوط (٩٨/٩) . حاشية الشلبي على تبين الحقائق (١٦٦/٣) .

(٤) مذهب الشافعية : أنه إذا مكنت عاقلة مجنوناً من نفسها ، أقيم عليها الحد . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وهو قول زفر من الحنفية . انظر : الروضة (٩٤/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٣/٢) . حلية العلماء (٢٨/٨) . رحمة الأمة ص (٢٧٣) . القوانين الفقهية ص (٣٥٨) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٣/٤) . المقنع ص (٩٨) . المبدع شرح المقنع (٧٤/٩) .

ومذهب الحنفية : أن الحرة البالغة العاقلة إذا مكنت من نفسها صبياً أو مجنوناً ، فلا حدّ عليها . وقال =

دون الثاني ^(١) ، أو زنا بامرأة يستحق عليها القصاص ، أو زنا في دار الحرب ، وخالف أبو حنيفة (رحمه الله) في جميع ذلك .

نعم ، اختلف أصحابنا في إقامة الحد في دار الحرب ؛ لما فيه من إثارة الفتنة ^(٢) ، واختلفوا في المكره على الزنا ، والظاهر : أنه لا يجب . أما المرأة إذا أُكْرِهَتْ على التمكين من الزنا ، فلا خلاف أنه لا حدّ عليها .

هذا بيان موجب الحدّ ، وينبغي أن يظهر للقاضي بجميع قيوده وحدوده حتى يجوز له إقامة الحدود ^(٣) ، وذلك بالشهادة والإقرار ، ويكفي الإقرار مرة واحدة ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا بد من التكرار ^(٤) حتى قال : لو ثبت الحد بالشهادة ، فصَدَّقَ الشهود ، فلا حدّ ، وإن كذب أُقيم

= زفر : عليها الحدّ ، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا (رحمه الله) . أما إن زنى مكلفٌ بمجنونة أو صبية أُقيم عليه الحدّ . انظر : المبسوط (٥٤/٩) . الهداية (٣٩١/٢) . رعوس المسائل ص (٤٨٨) . ملتقى الأبحر (١/٣٣٥) . تبين الحقائق (١٨٣/٣) .

(١) عند أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا اعترف أحدُ الواطئين دون الثاني لم يُحدّ المعترف ، وإذا أقرّ أربع مرات أنه زنى بفلانة ، فقالت : كذب ، مازنّي بي ولا أعرفه : لم يحدّ في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) : يحدّ ، واستدلا بحديث سهل بن سعد الذي رواه أبو داود (٥٨٦/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢٤) « باب رجم ماعز بن مالك » بإسناده عن سهل بن سعد أن رجلاً أتى النبي ﷺ فأقرّ عنده أنه زنى بامرأة - سئّاها له - فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت ، فجلده الحدّ وتركها . ورواه الحاكم في المستدرک (٣٧٠/٤) وقال : هذا إسناده صحيح ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٧) . المبسوط (٩٨/٩) . تلخيص المستدرک (٣٧٠/٤) .

(٢) قال ابن الصلاح « وجه إثارة الفتنة بإقامة الحدّ في دار الحرب أنه يُخشى منه التحاق الحدود بأهل الحرب وارتداده ، ففيه إثارة فتنة الشرك ، والشرك في كتاب الله العظيم : مُسَمَّى بالفتنة » . (ج ٢ ق ١٠٤ ب) .

(٣) في (ب) : « الحدّ » .

(٤) مذهب الشافعية : أن الزاني لو أقرّ على نفسه بالزنا مرة واحدة ، كفّت في وجوب إقامة الحد عليه ، مالم يُكذّب نفسه أو يرجع عن الإقرار . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (١٣٣/٦) . مختصر الزني ص (٢٦١) . فتح الوهاب (١٥٨/٢) . فتح المعين ص (٣٨١) . الكافي ص (٥٧٢) . المنتقى للبايجي (١٣٥/٧) . حاشية الدسوقي (٣١٨/٤) . أسهل المدارك (١٧٠/٣) . بداية المجتهد (٥٣٦/٢) .

الحدّ . ولا خلاف عندنا أنه إذا رجع وكذّب نفسه لم تُقِم الحدّ ؛ لأن حق الله تعالى على المساهلة .
والقصاص لا يسقط بالرجوع ، وفي حدّ السرقة خلاف ، والأظهر أنه يسقط .

وهل يُنزّل منزلة الرجوع التماسه ترك الحدّ ، أو هربه ، أو امتناعه من التمكين ؟ ، فيه وجهان ، أقيسهما : أنه لا يؤثر ، ووجه الإعراض عنه أن شارب خمرٍ هم رسول الله ﷺ يحده ، فهرب ولاذّ بدار العباس ، فلم يتعرّض له ^(١) .

ثم هذا إنما ينفع فيما يثبت بالإقرار ، فإن ثبت بالشهادة لم ينفعه ^(٢) شيء إلا التوبة ^(٣) ، وفيه قولان ^(٤) :

أصحهما : أنه لا يسقط ؛ إذ يصير ذلك ذريعة .

= ومذهب الحنفية : أنه لا يكفي الإقرار مرة واحدة ، بل لابد من تكراره أربع مرات . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وزاد الحنفية فاشتروا الإقرار في أربع مجالس مختلفة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٦٣) المبسوط (٩١/٩) . رعوس المسائل ص (٤٨٢) . تبين الحقائق (١٦٦/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٤/٩) . زاد المستقنع ص (١٢٨) . المغني لابن قدامة (١٩١/٨) ، وما بعدها .
(١) الحديث رواه أبو داود في سننه (٦١٩/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٦) باب « الحد في الخمر » حديث (٤٤٧٦) وفيه قال ابن عباس : « شرب رجل ، فسكّر ، فلقّي يميل في الفجّ ، فأنطلق به إلى النبي ﷺ فلما حاذى بدار العباس ، انفلت ، فدخل على العباس ، فالتزمه ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فَضَحِكَ وقال : أَفَعَلَهَا ، ولم يأمر فيه بشيء » .

قال أبو داود : هذا مما تفرد به أهل المدينة . قال الخطابي : « يحتمل أن يكون إنما لم يتعرّض له بعد دخوله دار العباس (رضي الله عنه) من أجل أنه لم يكن ثبت عليه الحدّ ؛ بإقرار منه أو شهادة عدول ، وإنما لقّي في الفجّ يميل ، فظنّ به الشكّر ، فلم يكشف عنه رسول الله ﷺ وتركه على ذلك ، والله أعلم » . معالم السنن (٦١٩/٤) على هامش سنن أبي داود .

وفي عون المعبود (١٧٦/١٢) : « يشبه أن يكون المعنى أن حديث الحسن بن علي الخلال هذا - يعني شيخ أبي داود - تفرد به عكرمة عن ابن عباس ، وعكرمة مولى ابن عباس - معدود في أهل المدينة ، وما روى هذا الحديث غير أهل المدينة ، والله أعلم . والحديث سكت عنه المنذري » . ا.هـ .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لم ينفع » . (٣) في (ب) : « بالتوبة » .

(٤) يعني هل يسقط الحد بالتوبة ؟ .

والثاني : أنه يَسْقُطُ كما يسقط عن قُطَاع الطريق إذا تابوا قبل الظفر بهم ، كما ورد به القرآن ^(١) . وفي توبته بعد الظفر به أيضًا قولان ، والهَرَبُ لا يبعد أن يؤثر على رأي وإن ثبت بالشهادة .

وفي المُسْقِطَات في الشهادة عليه ، مسائل :

إحداها : لو شهد أربعة على زنا امرأة ، لكن شهد اثنان على أنها مُطَاوِعة ، واثنان أنها مكرهة : فلا حَدٌّ عليها . وفي وجوب حَدِّ القذف على شَاهِدِي المطاوعة قولان ؛ إذ لم يكمل عدد شهادتهم . أما الرجل المذكور بالزنا ، فقد كمل العدد في حقه . فإن حَدَدْنَا الشاهدين حَدَّ القذف ، فقد صارا فاسِقَيْنِ فلا يجب الحدُّ على الرجل بشهادتهما . وإن قلنا : لاحدٌ عليهما ، فالأظهرُ وجوب حَدِّ الزنا عليه . وفيه وجه من حيث إن اختلاف الشهادة في الصفة أَوْزَرَ إشكالًا ^(٢) في الأصل .

الثانية : لو شهد / أربعة على زناها ، فشَهِدَنَ أربعة ^(٣) على أنها عَذْرَاء ؛ فلا حَدٌّ عليها ، ٢٥٢/ب ولا يجب حَدُّ القذف على الشهود ؛ لاحتمالِ عَوْدِ العذرة ، فيسقط كُلُّ حَدٍّ باحتمال ^(٤) .

الثالثة : لو شهد أربعة على الزنا ^(٥) ، وعَيَّنَ كُلُّ واحد زاوية أخرى من البيت ، فلا حَدٌّ عندنا خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٦) .

(١) وهو قوله تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْلُزُوا عَلَيْهِمْ ، فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة : ٣٤) .

(٢) في (ب) : « تورث شكاً » . (٣) في (أ) ، (ب) : « فشهد أربع » .

(٤) في (ب) : « بالاحتمال » . (٥) في (أ) ، (ب) : « لو شهد أربعة بالزنا » .

(٦) مذهب الشافعية : أنه إذا عَيَّنَ كُلُّ شاهد زاوية غير التي عينها الآخر ولو كانت قريبة : فلا يقام الحدُّ على المشهود عليه . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : مختصر المزني ص (٣١٢) . الوجيز (١٦٩/٢) . الغاية القصوى (٩٢٤/٢) . حلية العلماء (٣٠٦/٨) . رحمة الأمة ص (٢٧٥) . المنتقى شرح موطأ مالك (١٤٤/٧) . بداية المجتهد (٥٣٧/٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لو عَيَّنَ كُلُّ شاهد زاوية غير التي عينها الآخر ، وكانت الزوايا بعيدة ، فلا يقام الحدُّ على المشهود عليه ، أما إن كانت قريبة ، فيقام عليهما الحدُّ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وقال زفر : لا يُقَام على المشهود عليه حَدٌّ . انظر : المبسوط (٦١/٩) . الهداية (٣٩٤/٢) . فتح القدير (٢٨٦/٥) . تبين الحقائق (١٩٠/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٧/١) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٩/٩) . المغني (٢٠٥/٨) .

الطرف الثاني في الاستيفاء

والنظر في كفيته ومُتَعَاطِيه .

أما الكيفية ، فيرعى منها ^(١) أربعة أمور ^(٢) :

أحدها : حضور الوالي والشهود ، وبداية الشهود بالرَّمْيِ ، وذلك مستحبٌ عندنا .
وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجب حضور الوالي إن ثبتت ^(٣) بالإقرار ، وحضور
الشهود إن ثبتت بالشهادة ، ويجب بدايتهم ^(٤) بالرَّمْيِ .

(١) في (أ) ، (ب) : « أمور أربعة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إن ثبت » .

(٣) في (ب) : « بدايته » .

(٤) مذهب الشافعية : أن من وجب إقامة حدِّ الرجم عليه بالبينّة - والبينّة الشهود - استحَبَ للإمام أن يحضر ، وأن يبدأ الشهود بالرمي . وهو مذهب المالكية والحنابلة .

وقد استدل ابن قدامة على هذا بقوله : « ولنا : أن النبي ﷺ أمر برجم مَاعِزَ والغامدية ، ولم يحضرهما ، والحدُّ ثبت باعترافهما » . وقال : « يا أنيس ، اذهب إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » ولم يحضرها . ولأنه حدٌّ ؛ فلم يلزم أن يحضره الإمام ولا البينّة ، كسائر الحدود » . المغني (١٧٠/٨) . مختصر المزني ص (٢٦١) المنهاج ص (١٣٢) . حلية العلماء (٢٠/٨) وما بعدها . الغاية القصوى (٩٢٥/٢) . المنتقى (١٤٦/٧) . الكافي ص (٥٧٢) . القوانين الفقهية ص (٣٦١) . المقنع ص (٢٩٦) المبدع (٥٢/٩) .

ومذهب الحنفية : أنه يجب حضور الوالي والشهود ، إن ثبت الزنا بالبينّة ، وكان الزاني معصناً ، ويجب بداية الشهود بالرَّمْيِ ، ثم الحاكم ، ثم الناس .

وقد اعتبر الحنفية هذا الشرط احتياطاً في درء الحدِّ ؛ لأن الشهود إذا بدءوا بالرجم ، ربما استعظموا فغلّه ، فيحملهم هذا على الرجوع عن الشهادة ، فيسقط الحدُّ عن المشهود عليه ، فإن امتنع بعض الشهود عن الرجم ، سقط حدُّ الرجم عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو رواية عن أبي يوسف ؛ لأن امتناعهم في الرجم أورث شبهة الكذب في شهادتهم . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٣) . الهداية (٣٨٣/٢) . الاختيار (٨٤/٤) . تبين الحقائق (١٦٨/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) .

الثاني : حجارة الرجم ^(١) لا بُدُّ منها ، فلو عدل إلى السيف : وَقَعَ الموقع ، ولكن فيه تَوَكُّ التَّنكِيل المقصود . ثم لا ينبغي ^(٢) أن يُتَخَن بصخرة كبيرة دفعةً ، ولا أن يُطَوَّل عليه بحصيات خفيفة ^(٣) .

الثالث : إن كان الزاني مريضاً - وهو مرجومٌ - فيرجم ؛ لأنه مُسْتَهْلَكٌ ، وإن كان يجلد فيؤخَّر إلى البرء إن كان مُنْتَظَرًا . ولا يُحْبَس إن ثبتت بإقراره ؛ لأنه مهما أراد ، قَدِرَ على الرجوع . وإن ثبتت ^(٤) بالبينة حُبْس كما تُحْبَس الحامل ^(٥) .

وإن كان مجروحاً ولا يُنْظَر زوالُ مابه ، ولا يحتمل مائةً جلدةً ، فقد قال ﷺ في مثله : « خذوا عثكاً لا عليه مائةٌ شمراخ فاجلدوه به » ^(٦) . والأظهر أنه يُضْرَب به ضرباً فيه إيلاَمٌ ، ولا يُكْتَفَى بما يُكْتَفَى به في اليمين . ولا يُشْتَرَط أن تَمْسَهُ جميع الشماريخ ، بل يكفي أن تتأقَل عليه وتنكس ، فلو كان عليه خمسون ^(٧) ، ضربناه مرتين . فلو كان يحتمل كلَّ يوم سوطاً فلا تُفَرَّق ، بل يُجلد في الحال . ولو كان يحتمل سياطاً خفافاً ،

(١) في (أ) ، (ب) : « حجارة الرمي » . (٢) في (أ) ، (ب) : « ولا ينبغي » .

(٣) في (ب) : « بحصاة خفيفة » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .

(٥) يعني كما تُحْبَس الحاملُ التي ثبت زناها بالشهود ، حتى تضع حملها .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦١٥/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٤) باب « إقامة الحد على المريض » حديث (٤٤٧٢) بإسناده عن ابن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدةً على عظم ، فدخلت عليه جاريةٌ لبعضهم ، فهشَّ لها ، فوقع عليها ، فلما دخل عليه رجالٌ قومه يعودونه ، أخبرهم بذلك ، وقال : استفتوا لي رسول الله ﷺ ؛ فإني قد وقعت على جارية دخلت علي ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا : ما رأينا بأحدٍ من الضَّرِّ مثل الذي هو به ، لو حملناه إليك لتفشَّخت عظامه ، وما هو إلا جلدٌ على عظم ، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائةً شمراخ ، فيضربوه بها ضربة واحدة . ورواه النسائي (٢٤٢/٨) كتاب « آداب القضاة » باب « توجيه الحاكم إلى من أخبر أنه زنى » . ورواه ابن ماجه (٨٤٩/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٨) باب « الكبير والمريض يجب عليه الحد » حديث (٢٥٧٤) . ورواه أحمد في مسنده (٢٢٢/٥) حديث (٢١٩٨٥) جميعاً من طرق عن أبي أمامة بن سهل به . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٨٥/٢) برقم (٢٠٨٧) .

(٧) يعني إذا كان على العثكال خمسون شمراخاً .

١) فظاهرُ كلامِ الأصحابِ ^(١) أنه يُعَدَّل إلى العُثْكَال ؛ لإطلاق الخبر ، ويحتمل أن يقال : ذلك أقربُ إلى الحدِّ . فإذا صَرَّيْنَاه بالعُثْكَال ، فزال مرضُهُ على الندور ، لم يُعَدِ الحدُّ ، بخلاف حَجِّ المعضوب ^(٢) .

الرابع : الزمان ، فلا يقام الجلد في فرط الحرِّ والبرد ، بل يُؤَخَّر إلى اعتدال الهواء . والرجم - إن ثبت بالبينة - يقام بكل حال ، وإن ثبت بالإقرار يُؤَخَّر إلى اعتدال الهواء ؛ لأنه ربما يرجع إذا مسَّته الحجارة فيَسْرِي القليل منه في الحر .

وإذا بادر الإمام في الحرِّ المفرط ، فجلد ومات ، فالنص ^(٣) أنه لا يضمن ، ونصَّ أنه لو ختن الإمام ممتنعاً عن الختان في الحر ، فَسَرَى : ضمن . فقيل : قولان ، بالنقل والتخريج :

أحدهما ^(٤) : أنه يضمن ؛ لإفراطه ^(٥) في البدار في غير وقته .

والثاني : لا يجب ؛ لأن الحدَّ مُسْتَحَقٌّ ، ولم يَرِدْ على المُسْتَحَقِّ .

وقيل بالفرق ؛ ^(٦) لأن الخيار ^(٧) ليس إلى الولاية في الأصل ، فجاز بشرط سلامة العاقبة ، بخلاف الحدِّ . فإن قلنا : يَضمن ، أوجبنا التأخير . وإن قلنا : لا ، جعلنا التأخير مستحباً ، لا واجباً . ويجوز أن يقال : يُباح التعجيل ، ولكن بشرط سلامة العاقبة .

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن ظاهر كلام الأصحاب » .

(٢) قال النووي : « المعضوب : العاجز عن الحج بنفسه لزمانة ، أو كثر ، أو مرض لا يُزْجى زواله ، أو كبر بحيث لا يَشْتَمْسُك على الراحلة إلا بمشقة شديدة . هذا حدُّه عند أصحابنا . وهو من « العَضْب » بفتح العين وإسكان الضاد ، وهو القطع ، هكذا قاله أهل اللغة ، وقالوا : يقال منه : عضبته ، أي : قطعته . قال الجوهري في الصحاح : المعضوب : الضعيف . قلت : فيجوز أن يكون تسمية الفقهاء العاجز عن الحج « معضوباً » لهذا . ويجوز أن يكون من القطع ؛ لأن الزمانة ونحوها قطعت حركته ، وهذا هو الذي قاله الشارحون لألفاظ الفقهاء . تهذيب الأسماء واللغات (٢٥/٢/٣) . وانظر : المصباح المنير (٦٣٤/٢) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « بإفراطه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « من حيث إنّ الختان » .

ثم يحتمل أن يقال : شرطه أن تغلب السلامة منه ؛ إذ ليس المراد من الحد القتل ، حتى لو تعدى به مُتَعَدِّ فلا قصاص . ويحتمل أن يقال : لا يعتبر ذلك إلا في التعزير ^(١) ، أما الحد فلا يبعد أن يكون قاتلاً فلا يجب القصاص به ، ومن مات به فالحق قتله ، ويدل عليه نص الشافعي (رضي الله عنه) على جواز المبادرة في الحر .

فأما المُسْتَوْفِي للحد ^(٢) ، فهو الإمام في حق الأحرار ، والسيد في حق الممالك عندنا لا ^(٣) في المكاتب ، ومن نصفه حر ونصفه رقيق . فأما المدبر وأم الولد فقن ، وللإمام ^(٤) الاستيفاء أيضاً .

ثم إذا اجتمع السيد والسلطان ، فأيهما أولى ؟ فيه احتمال . وهل للسيد تعزير عبده ؟ الظاهر أن له ذلك . وقيل : لا ؛ إذ قال رسول الله ﷺ : « إذا زنت أمة أحدكم فليُحْدَها » ^(٥) فلم يرد الخبر إلا في الحد .

ثم اختلفوا في أن مأخذه : الولاية أو استصلاح المالك ؟ فإن قلنا : مأخذه الولاية ، لم يكن ذلك للمرأة والفاسيق وللمكاتب في عبيدهم ^(٦) . وكذلك اختلفوا في القطع والقتل ، فمن جعله ولاية ^(٧) سلط السيد عليه ^(٨) ، ومن جعله استصلاحاً ، فهو استهلاك ، فلا يقدر عليه . ومنهم من قال : في القطع استصلاح بخلاف القتل .

-
- (١) في (ب) : « التعزيرات » . (٢) في (ب) : « للجلد » .
 (٣) في (أ) ، (ب) : « إلا » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ثم الإمام » .
 (٥) في (أ) ، (ب) : « وإن » .
 (٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٧١/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٣٦) باب « لا يُؤزَّب على الأمة إذا زنت ولا تُنْقَى » برقم (٦٨٣٩) باسناده عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ « إذا زنت الأمة فليجلدها ولا يثرب ، ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب ، ثم إن زنت الثالثة فليبيعها ولو بحبل من شعر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٣٢٨/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٦) باب « رجم اليهود - أهل الذمة - في الزنا » حديث (١٧٠٣) . ورواه أبو داود في سننه (٦١٢/٤) حديث (٤٤٦٩) جميعاً من طرق عن أبي هريرة مرفوعاً .
 (٧) في (ب) : « عبيده » . (٨) في (أ) ، (ب) : « سلط عليه السيد » .

ثم هذا فيه إذا شهد ^(١) السيد الفاحشة أو أقر ^(٢) . فأما إذا شهد الشهود ، فإن قلنا : استصلاح ، فليس له منصب الحكم . وإن قلنا : ولاية ، فوجهان ؛ لأن الحكم يشتدعي منصباً ، فإن منعناه فيستوفي إذا قضى به القاضي . فإن جَوَزْنَا له سماع البينة ، لم نشترط كونه مجتهداً ، بل يكفيه العلم بما يُوجبُ الحدَّ .

فرع : من قُتلَ حَدًّا ، غُسِّلَ ، وصُلِّيَ عليه ، ودُفِنَ في مقابر المسلمين / كالمقتول ٢٥٣/قصاصاً .

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا شاهد » .

(٢) يعني إذا شاهد السيد الفاحشة بنفسه ، أو أقر العبد على نفسه بذلك .

الجنابة الرابعة هي : القذف

كتاب حَدُّ الْقَذْفِ ^(١)

والنظر في الموجب والواجب .

أما الموجب : فالنظر في القذف ، والقاذف ، والمقذوف .

أما القذف : فقد ذكرناه في اللعان . والذي نزيده الآن أنه لا بد أن ^(٢) يكون في معرض التَّغْيِير ، فلو كان في معرض الشهادة فلا حدَّ إلا إذا رُدَّت ^(٣) الشهادة لعدم الأهلية ، كما لو كان الشاهد عبداً أو ذمياً ، فعليهم حدُّ القذف . وإن رُدَّت الشهادة بنقصان العدد - بأن شهد ثلاثة - ففيه قولان :

أقيسهما : أنه لا يجب ؛ لأن الشهادة أمانة يجب ^(٤) أداؤها ، وكلُّ واحد لا يكون على ثقة من مساعدة غيره .

والثاني : [أنه] ^(٥) يجب ؛ لقصة عمر (رضي الله عنه) مع أبي بكرة ^(٦) .

(١) في (أ) ، (ب) : « كتاب : حد القذف . الجنابة الرابعة : القذف » .

(٢) في (أ) ، (ب) . (٣) في (ب) : « رَدَّ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يجوز » . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أبو بكرة هو نفيع الثقفى الصحابي المشهور ، ومُلَخَّصُ هذه القصة ، أن المغيرة بن شعبة كان أمير البصرة - في خلافة عمر بن الخطاب ، فاتهمه أبو بكرة ونافع بن الحارث بن كلفة - وهو معدود في الصحابة - وشبل بن معبد - وهو معدود في المخضرمين - وزيد بن عبيد الذي استلحقه أبو سفيان ، فكان يُدعى : زيد بن أبي سفيان ، فاجتمع هؤلاء فرأوا المغيرة مُتَبَطَّنَ امرأة ، فرحلوا إلى عمر بن الخطاب فشكوه ، فعزله عمر ، ووَلَّى أبا موسى الأشعري ، وأحضر المغيرة ، فشهد عليه الثلاثة بالزنا ، وأما زيد فلم يثبت الشهادة ، وقال : رأيت منظرًا قبيحًا ، وما أدري ، أخالطها أم لا ؟ فأمر عمرُ بجلد الثلاثة حدَّ القذف . وهذه الواقعة رواها البيهقي في السنن الكبرى (٨ / ٢٣٤ ، ٢٣٥) ، وذكرها البخاري تعليقاً في صحيحه قال : وجلد عمرُ أبا بكرة وشبل بن معبد ونافعًا بقذف المغيرة ثم استتابهم . انظر فتح الباري للمحافظ ابن حجر (٥ / ٣٠١) .

وأما إذا شهد له أربعة ^(١)، ثم رجع واحد، فالراجع مَحْدُودٌ، والمُصِرُّ غير محدود؛ إذ تمت الشهادة أولاً ^(٢)، وقيل بطرد القولين. وهو بعيد.

ثم ذلك لا ينقذ ^(٣) في الرجوع بعد القضاء أصلاً.

أما إذا رُدَّت الشهادة بالفسق: فإن كان بفسق يُجَاهِر به، ففيه قولان ^(٤)، وإن كان بفسق خَفِيٍّ انكشف ^(٥)، فقولان مرتبان، وأوّلَى بأن لا يُحَدَّ، ووجه إسقاط الحد: أن الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء ^(٦).

(١) في (أ)، (ب): «وأما إذا شهد أربعة».

(٢) قال الحموي: «قوله في القذف: (وإن ردت الشهادة لنقصان العدد - بأن شهد ثلاثة - ففيه قولان منشؤهما أنه يجب؛ لقصة عمر مع أبي بكر، وأما إذا شهد أربعة ورجع واحد، فالراجع محدود دون المصريحين؛ إذ تمت الشهادة أولاً)».

قلت: لا بد من معرفة قصة عمر حتى يتجه الإشكال عليه؛ وذلك أن أبا بكر وناقفاً وزياداً وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر (رضي الله عنه)، ولم يصرح أبو بكر بالشهادة بالزنا عليه، فجعل عمر الثلاثة قَدَفَةً فحدّهم، ثم قال أبو بكر للمغيرة بعد ذلك: زني، فهم عمر (رضي الله عنه) أن يحده فقال له علي (رضي الله عنه): إن كنت تريد أن تحده فارجم صاحبك، يعني إن جعلت قوله هذا هو القذف الأول فقد حددته له، وإن جعلته استئناف شهادة أخرى فقد تمت الشهادة فارجم المغيرة، وإذا كان كذلك لم تكن هذه الواقعة موافقة لما ذكره الشيخ، فإن في الابتداء شهد أربعة ولكن لم يتحقق واحد منهم ما شهد به، بخلاف مسألة الكتاب، فإن ثلاثة شهدوا فكان عليهم الحد بخلاف الرابع الذي لم يحقق شهادته، فإنه جعل شهادته شبهةً للتكميل.

قلت: وإن كان كذلك إلا أنه لما لم تقبل شهادته فصار بمنزلة ما لو شهد ثلاثة، والإشكال ضعيف إشكالات الوسيط (ق ١٨٠/ب، ١٨١/أ).

(٣) في (أ): «لا يقدح». (٤) في (أ)، (ب): «فقولان».

(٥) كلمة: «انكشف» ساقطة من (أ)، (ب).

(٦) قال ابن الصلاح: «قوله: (وجه إسقاط الحد، أن الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء) هكذا ذكره شيخه، وهو مُتَقَضِّصٌ بالعبد والذمي، فإنهما أعلان للشهادة عند بعض العلماء، ولا خلاف في وجوب الحد عليهما على ما ذكره هو وشيخه، وحكاة عن المحققين، فكأنهما لم يَشْتَخِصْرا الخلاف في العبد والذمي. ويُمكن أن يُفَرَّقَ بينهما بأن الفاسق أَمْسَ وَأَعْلَقَ بالشهادة من العبد والذمي، ولهذا لا تقبل شهادة الفاسق المعادة بعد التوبة لِتَعْيَرِهِ بِرَدِّ شهادته، وتُقْبَلُ المعادة من العبد والذمي؛ لِغَدَمِ تَعْيَرِهِمَا، والله أعلم». مشكل الوسيط (ج ٢٢ ق ١٠٦/أ).

(١) أما رد شهادتهم بأداء اجتهداه إلى فسقهم (١) ، فلا حدّ عليهم فإذ الحدّ يشقّط بالاحتمال .
أما القاذف : فيعتبر فيه التكليف والحرية . وإن انتفى التكليف فلا حدّ . وإن انتفت الحرية تشطّر الحدّ . وهذا يدل على مشابهته (٢) حقوق الله تعالى ، لكن الغالب في حدّ القذف حقّ الآدمي ؛ إذ يشقّط بعفو المذدوف ولكن (٣) لا يشقّط بإباحة القذف على الصحيح .

ولا يقع الموقع إذا استوفى المذدوف ؛ لأن للاجتهداء دخلًا في تقدير وقع الجلدات ، فهو من شأن الولاية ، لا كالقتل الذي يقع موقعه في حقّ الزاني المحصن إذا بادر إليه واحد من المسلمين وإن تعدّى به

ومشحقّ القطع والقتل قصاصًا ، عليه أن يرفع إلى القاضي ، فإن استقلّ به وقع موقعه . وينقدح وجه في حدّ القذف أيضًا : أنه يقع موقعه .

أما المذدوف : فيعتبر إحصائه لإيجاب الحدّ ، وقد ذكرناه في اللعان .

الطرف الثاني : في قدر الواجب ، وهو ثمانون جلدة على الحرّ ، وأربعون على الرقيق . فإن تعدّد القذف ، بأن نسبّه إلى زَنَيْتَيْنِ ، فإن لم يتخلل استيفاء الحدّ : تدّخل . وإن تخلل فقولان :

أصحهما : أنه يُحدّ حدًا آخر ؛ لتجدّد الموجب .

والثاني : لا ؛ لأنه قد ظهر كذبّه في حقّه مرة واحدة .

ولو عيّن الزنا بشخص أولًا ، ثم أطلق الزنا ثانيًا : حُمِلَ على الأول ما أمكن ، ولم نستأنف الحدّ .

ولو قذف شخصين بكلمتين فحدّان . ولو قال : زَنَيْتَما ، ففي تعدّد الحدّ خلاف ، وقد ذكرناه في اللعان في جملة من أحكام القذف والحدّ ؛ فلا نُعيده .

* * *

(١) في (ب) : « أما إذا رد شهادتهم لأداء اجتهداه إلى فسقهم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مشابهة » .

(٣) في الأصل : « لكن » بدون الواو .

الجنابة الخامسة الموجبة للحدّ : السرقة

كتاب « حد السرقة »^(١)

والكلام فيه في : الموجب ، وفي طريق إيجابه^(٢) بالحجة ، وفي الواجب .
الطرف الأول : [في]^(٣) الموجب ، وهو السرقة . ولها ثلاثة أركان : المسروق ، والسرقة ،
والسارق^(٤) .

الركن الأول

المسروق

وله ستة شروط^(٥) : أن يكون نصاباً ، مملوكاً لغير السارق ، ملكاً محترماً ، تائماً ، مُحَرَّرًا ، لا
شبهة للسارق فيه^(٦) ، فلنشرح هذه القيود :

الشرط الأول : النصاب . وهو عندنا زُبُع دينارٍ فصاعداً^(٧) ؛ لقوله ﷺ : « لَا قَطْعَ إِلَّا فِي

(١) في (أ) ، (ب) : « كتاب حد السرقة . الجنابة الخامسة الموجبة للحد : السرقة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إثباته » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (السرقة ، ولها ثلاثة أركان : المسروق ، والسرقة ، والسارق) هذا في غاية الإشكال ؛ من حيث كونه جَعَلَ السرقة ركنًا للسرقة ، وجعل السارقَ والمسروقَ ركنين لها ، مع أن ركن الشيء جزء منه ، وجوابه ما يثبت في أول كتاب « البيع » من أن ركن الشيء في اصطلاح الغزالي وتصرفه ، عبارة عما لا بد منه في وجود صورته ؛ لكونه جزءًا منه ولكونه لازمًا ، له به اختصاص . وفيه احتراز عن الزمان والمكان والأمور العامة التي لا يحد منها ولا اختصاص فيها ، وعن الشرط الذي لا بد منه في وجود صحته لا في وجود صورته . والسارقُ والمسروقُ لا بد منهما في وجود صورة السرقة ، وهما لازمان ، لهما اختصاصٌ بها ، والله أعلم » . المشكل (ج ٢ ق ١٠٦ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « شرائط » . (٦) في (أ) ، (ب) : « لا شبهة فيه للسارق » .

(٧) ورُبُع الدينار يساوي ١,٦ جرامًا من الذهب تقريبًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢١٢) .

ربع دينار»^(١). وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « هو دينار أو عشرة دراهم ». وقال مالك (رحمه الله) : [هو]^(٢) ربع دينار أو ثلاثة دراهم^(٣). وقال داود (رحمه الله) : لا يُشترط النصاب^(٤). ثم نريد الربع المضروب دون الإبريز^(٥).

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩٩ / ١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (١٣) باب « قول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وفي كم يُقَطَّع ؟ » حديث رقم (٦٧٨٩) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : قال النبي ﷺ : « تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً ».

ورواه مسلم (١٣١٢ / ٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (١) باب « حد السرقة ونصابها » حديث (١٦٨٤). ورواه أبو داود (٥٤٥ / ٤) حديث (٤٣٨٣). والترمذي (٤٠ / ٤) حديث (١٤٤٥). والنسائي (٧٨ / ٨) جميعاً من طرق عن الزهري عن عمرة عن عائشة به مرفوعاً.

(٢) زيادة من (أ)، (ب).

(٣) مذهب الشافعية : أنه لا يقطع السارق إلا في ربع دينار ، أو ما يُساوي قيمته ربع دينار . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٣) . التنبيه ص (١٤٩) . نهاية المحتاج (٤٣٩ / ٧) . حاشية أبي الضياء على شرح المنهاج (٤٣٩ / ٧) . حلية العلماء (٤٩ / ٨) .

ومذهب الحنفية : أنه تقطع اليد في دينار من الذهب ، أو عشرة دراهم من الفضة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٩) . المبسوط (١٣٧ / ٩) . ردعوس المسائل ص (٤٩١) . اللباب (٢٠٠ / ٣) .

ومذهب المالكية : أن النصاب ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب ، أو ما قيمة أحدهما حين السرقة . وهذا مذهب الحنابلة أيضاً . انظر : الكافي ص (٥٧٨) . القوانين الفقهية ص (٣٦٤) . المنتقى (٧ / ١٥٦) . حاشية الدسوقي (٣٣٢ / ٤) . تنوير الحوالك (١٧٢ / ٢) . منار السبيل (٣٨٦ / ٢) .

(٤) ومذهب داود (رحمه الله) : أنه لا يشترط النصاب في السرقة ، بل تقطع يد السارق مطلقاً في القليل والكثير . انظر : رسالة في مسائل الإمام داود ص (٢٥) جمع الشيخ محمد الشطي الحنبلي . حلية العلماء (٥١ / ٨) . المغني لابن قدامة (٢٤٢ / ٨) .

(٥) يعني أن الاعتبار في النصاب هو بالذهب المضروب ، فيه يقع التقويم ، حتى لو سرق شيئاً يساوي ربع مثقال من الذهب غير المضروب - كالسبيكة والحلي - التي لا تبلغ قيمتها ربعاً مضروباً ، فلا قطع .

ولو سرق خاتماً وزنه دون ربع ، وقيمه - بالصنعة - تبلغ ربعاً فلا قَطَعَ على الصحيح . والخلاف في المسألتين راجع إلى أن الاعتبار بالوزن ، أو بالقيمة ؟ . انظر : روضة الطالبين (١١٠ / ١٠) .

فروع

الأول : لو سرق رُبْعٌ مثقالٍ من الإبريز لا يسوى ^(١) ربعا مضروباً ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا قَطْعٌ ؛ لأننا نُقَوِّمُ السِّلْعَ بالمضروب ، وهو كسلعة ^(٢) .

والثاني : يجب ؛ لأن الاسم ينطلق عليه ، فيجب به وإن لم يُقَوِّم به . وعلى هذا ، لو سرق خاتماً قيمته ربعٌ ، ووزنه سدسٌ : وَجِبَ القَطْعُ إن اعتبرنا التقويمَ ، ^(٣) وإن اعتبرنا بالوزن فلا قطع ^(٤) .

الثاني : لو سرق دنانير - ظَنُّهَا فِلُوسًا - لا تُساوي ربعا : وجب القطعُ ، ولا يُشترط علمه بكونه نصاباً . ولو سرق جَبَّةً قيمتها دون النصاب ، لكن في جيبيها دينارٌ ، وهو لم يَشْعُرْ به : وَجِبَ الحُدُّ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب ^(٥) . ولأصحابنا وَجَّةٌ يوافقه من حيث إنه لم يَقْصِدْ إخراج دينار ^(٥) .

الثالث : لو نَقَصَ قيمةَ النصاب - بأَكْلِهِ أو تمزيقه - قبل الإخراج من الحرز : فلا قطع ^(٦) ، وإن نقص بعد وَجِبَ القَطْعُ ^(٧) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب .

(١) في (أ) ، (ب) : « لا يساوي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهذا كسلعة » . وهذا الوجه هو الصحيح ، فلا يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن نظرنا إلى العين ، لم يجب » .

(٤) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) كتاب المبسوط للسرخسي (٩ / ١٦١) .

وقد اتفق الشافعية والحنفية فيما إذا علم أن في الثوب ديناراً أو أكثر ، فاتفقا - في هذه الصورة - على القطع . انظر : المنهاج ص (١٣٣) . الغاية القصوى (٢ / ٩٢٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٤١) . المبسوط (٩ / ١٦١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الدينار » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو نقص قيمة النصاب ، بأكله أو تمزيقه قبل الإخراج من الحرز) يُعْتَرَضُ عليه بأنَّ أَكْلَهُ يَمُطِّلُ قيمته لأنَّه ينقصها ، فَلْيَحْمَلْ قوله : (بأكله) على أَكْلِ بعضه ، أو على ما إذا كان ذلك حرزاً أو نحوها فَبَلَعَهَا ، ونقصت بذلك قيمتها وفرغنا على الصحيح في أنه يجب القطع على من بلع جوهرة في الحرز ، وخرج منه - وهي في جوفه - وهي نصابٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٦ / ب) .

(٧) يَقْصِدُ بنقصان القيمة هنا - والله أعلم - نَقْصَانَ السَّعَرِ ، وهذا يُتَصَوَّرُ فيه خلافٌ بين الشافعي وأبي حنيفة ؛ إذ =

الرابع : لو أخرج نصاباً^(١)، ولكن بكروا^(٢)، وكل كَرَّة ناقص عن نصاب : فلا قطع، وإنما تعدد الكرات بأن يُعاد إحكام الحرز، ويطلع المالك على الأول^(٣). فلو لم يتخلل ذلك ولكن كان يُخرجه شيئاً / شيئاً^(٤)، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يجب ؛ لتعدد الصورة .

والثاني : يجب ؛ إذ السارق [قد]^(٥) يحتاج إلى أن يُخرجه مُقرّاً^(٦) .

والثالث : أنه إن تخلل طول زمان، أو ردّ المسروق إلى بيت السارق - ولو في زمان قصير -

= هما متفقان على أنه إذا أخرج المسروق من الحرز - وهو يساوي نصاباً عند كل منهما - ثم مَرَّه أو شَقَّه، أو نحو ذلك، فنقصت قيمته، وجب القطع عند كل منهما . أما نقصان قيمة المسروق بنقصان السعر - بعد الإخراج من الحرز - فهذا فيه خلاف بين الشافعي وأبي حنيفة (رحمهما الله)، فعند الشافعي : يقطع السارق، إذ السرقة تمت بنصاب كامل، فالنقصان بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع، وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فيقول : إنه لا قطع في هذه الحالة، وخالفه محمد بن الحسن وزفر . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٣) روضة الطالبين (١١٣/١٠) . حلية العلماء (٧١، ٧٠/٨) . المبسوط (١٦٣/٩) . فتح القدير (٤١٧/٥) . رد المحتار (١١١/٤) . المغني (٢٧٠/٨) .

(١) في (أ)، (ب) : « النصاب » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإنما تعدد الكرات بأن يُعاد إحكام الحرز، ويطلع المالك على الأول) يعني من غير إحراز . وكان ينبغي أن يقول : (أو بأن يطلع المالك) غير أنا نقول : أراد « وبأن يطلع المالك » أي : يحصل التعدد بهذا وحده، ويحصل أيضاً التعدد بذلك، أو لا يشترط فيه اجتماعهما . ووجه التعدد بتخلل اطلاع المالك - من غير إحراز - أن السارق يكون حينئذ قد أخذ الأول مما أحرزه المالك وأخذ الثاني مما تركه غَيْرَ مُحَرَّزٍ . وهذا تنويع صَدَرَ من المالك، يُوجب كونهما سرقتين بخلاف ما إذا لم يتخلل بينهما اطلاع المالك ؛ فإنه لم يختلف حينئذ الأول والثاني بالنسبة إلى إحراز المالك كما اختلفا في صورة الاطلاع، وهو يظن أنهما محرزان بإحرازه أولاً، ولا اختلاف بالنسبة إلى هتك السارق للحرز، فإنه أخرجهما بهتك واحد، والله أعلم . » المشكل (ج ٢ ق ١٠٧/أ) .

(٣) في (أ)، (ب) : « شيئاً » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ)، (ب) : « متفرقاً » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١١١/١٠)، والغاية القصوى (٩٣٠/٢) .

فلا قطع ^(١) ، ^(٢) وإن لم يتخلل شيء من ذلك فمتَّحد ^(٣) .

الخامس : لو فتح أسفل كُندوج ^(٤) ، وكان يخرج شيئًا شيئًا ^(٥) على التواصل ، فإن قلنا : يجب ثم وإن لم يتواصل ، فهأنا أولى ، وإن لم نوجب ثم فهأنا وجهان ؛ لأن الفعل متحد ^(٦) ولا خلاف أنه لو أخذ طرفَ منديل فكان يجره ، ويخرج من الحرز شيئًا شيئًا : وجب القطع ؛ لأن ذلك في حكم المتَّحد . ولو أخرج نصفَه وترك النصف الآخر في الحرز ، فلا قُطْع وإن كان القدر المخرج - لو فُصِّل - لكان يساوي نصابًا ؛ لأنه شيء واحد ولم يَتَمَّ إخراجه .

السادس : لو جَمَعَ من البذر الميثوث في الأرض ما يَبْلُغ نصابًا ^(٧) ، وهو محرز ، فالصحيح وجوب القطع . وقيل : لا يجب ؛ لأن كلَّ حفرة حرز حبة ، فلم يُخْرِج من كل حرز إلا بعض النصاب .

السابع : إذا اشترك رجلان في حَمْلٍ ما دون نصف دينار : فلا قُطْع عليهما ، ولو حَمَلَا مقدارَ نصفٍ : لَزِمَهما ؛ إذ يُخَصَّص كل واحد نصابًا . فإن قيل : كيف يجب القطع بالتقويم وهو مجتهد فيه ؟ ، قلنا : ينبغي أن يَقْطَعَ المَقْوَّمُ بأنه يُساوي الربع ، فلو قال : أَظُنُّ أنه يُساوي ، لم يَجِب .

الشرط الثاني : أن يكون مملوكًا لغير السارق .

فلا قطع على من سرق مِلْكَ نفسه وإن كان مرهونًا أو مستأجرًا ، وكذا لو طرأ ملكه قبل إخراجه بموت الموروث ، فلا قطع . ولو طرأ بعد الإخراج لم يُؤْثَر عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(٨) .

(١) قال ابن الصلاح : « على الوجه الثالث يحصل التعدُّ بأن يأخذ المسروق الأول ويذهب به إلى موضع يضعه فيه ، ثم يعود ويأخذ الثاني ، ولا يُشترط فيه أخذه إلى بيت السارق . وعبرة المصنّف فيه ، عبارة قَلَقَة ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٧ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يتخلل شيء من ذلك : قُطْع » .

(٣) الكندوج : كلمة معرّبة من « كندو » ويطلق على ما يُشبه المخزن . وقد تطلق على وعاء النحل ، وهو الخلية عند العرب . انظر : القاموس المحيط ص (٢٦٠) . تهذيب الأسماء واللغات (١٢٠ / ٢ / ٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شيئًا شيئًا » . (٥) في (أ) ، (ب) : « كالمتَّحد » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ما بلغ نصابًا » .

(٧) مذهب الأئمة الأربعة : أن السارق إذا ملك العينَ المسروقة بهيمة ، أو بيع ، أو غيرهما من أسباب الملك ، قبل رفعه =

ثم لو ادعى السارق المَلِكَ ، سقط الحدُّ بمجرد دعواه ؛ إذ صار خصمًا يجب اليمين بدعواه على صاحب اليد ، فيبعد أن تُقَطَّع يَدُه يمين غيره . وفيه قول مُخَرَّجٌ : أنه يجب الحدُّ ؛ لأن هذا يصير ذريعة .

ثم إذا فرعنا على النص ، فلو ادعى المَلِكُ لشريكه في السرقة ، أو لسيده - وهو عبدٌ - سقط أيضًا . نعم ، لو كَذَّبَ السيدُ - أو الشريكُ - سقط عن المدعي أيضًا ، ولكن هل يسقط عن الشريك المكذب ؟ ، فيه وجهان ، أظهرهما : أنه لا يسقط ، لأنه لم يدَّع لنفسه شبهةً ، وقال القفال : يسقط ، لأنه جرت الدعوى ^(١) ، لو صدق لسقط ، فصار كما لو أقرَّ المسروقُ منه للسارق ، فكذَّب ، فإنه لا قَطْع .

الشرط الثالث : أن يكون محترماً .

فلا قَطْعَ على سارق الخمر والخنزير ؛ لأنه لا مَالِيَّةٌ ولا حُرْمَةٌ ، ولا على سارق الطنبور والبربط ^(٢) والملاهي ^(٣) وإن كان الرِّضَاض ^(٤) بعد الكسر يساوي نصابًا مهما أخرجه على قَصْدِ الكَسْرِ ^(٥) ، وإن قصد السرقة ، فوجهان :

= إلى الحاكم والمطالبة بها عنده : لم يجب القطع ؛ لأن من شرط القطع المطالبة بالمسروق وبعد ملك السارق للعين ، لا تصحُّ المطالبة .

أما إذا ملكها بعد رفعه للحاكم والمطالبة بها ، فمذهب الشافعية : أن القطع لا يسقط ، وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أن القطع يسقط ؛ لأنها صارت ملك السارق ، فلا يُقَطَّع في عين هي ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها ، ولأن المطالبة شرط ، والشرط يُعتبر ذواته ، ولم يَتَّقَ لهذه العين مطالب . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١١٤) . الغاية القصوى (٢ / ٩٣٠) . المغني (٨ / ٢٦٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « جرت دعوى » .

(٢) البربط : هو العود المعروف من آلات الموسيقى ، وهو معرب من « بَرِيط » أي : صدر الإوز ؛ لأنه يشبهه . انظر القاموس المحيط ص (٨٥٠) .

(٣) الملاهي : آلات اللهو والموسيقى . انظر القاموس المحيط ص (١٧١٧) .

(٤) الرِّضَاض : فُتَاتُ الشيء . وكلُّ شيء كثرته فقد رَضِرَ ضَرْطُهُ . انظر مختار الصحاح ص (٢٤٥) مادة (رض ض) .

(٥) يعني لا قَطْعَ عليه إذا قَصَدَ كَثَرَ هذه الآلات المحرمة تغييرًا للمنكر .

أحدهما : يجب ؛ لأنه لم يُخْرِجه على الوجه الجائز .

والثاني : لا يجب ؛ لأن الحرز لا يتحقَّق معه ، وهو مُسَلِّط على الدخول والإخراج ^(١) .
ويطرَّد هذا في أواني الذهب والفضة حيث يجب كسْرُهَا .

الشرط الرابع : أن يكون المملك تامًّا قويًّا .

احترزنا (بالتمام) ^(٢) عما يكون للسارق فيه شَرِكَةٌ أو حقٌّ ، فلو سرق أحدُ الشريكين مالًا مشتركًا من صاحبه ، فالظاهر : أنه لا قطع عليه ، حتى لو لم يكن له من ألف دينار سَرْقَه إلا دينارًا : فلا قَطْع ؛ إذ لا جُزْءَ منه إلا وله فيه حقٌّ شائعٌ فيصير شُبْهَةً . ومنهم من قال : لا أثر للشركة ، بل لو سرق نصفَ دينار من مالٍ مشتركٍ بينهما : قطع ؛ إذ قَدَّر النصاب ليس ملكًا له مما أخرجه . ومنهم من قال : هو كذلك إن لم يكن المال قابلاً للقسيمة .

أما إذا كان بينهما ديناران ، فسرق أحدهما [دينارًا] ^(٣) فلا قطع ، ويُحْمَل ذلك على قسمة فاسدة . ولو سرق دينارًا وربْعًا : لَزِمَ له محالة .

أمَّا ما للسارق فيه حقٌّ ^(٤) - كَمَالِ بَيْتِ المال - ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا قطع ؛ لأنه مُرَصَّدٌ لمصلحته إذا مَسَّتْ حاجته [إليه] ^(٥) ولا ينظر إلى استغنائه في الحال ؛ كالابن لا تقطع [يده] ^(٦) بسرقة مال أبيه وإن كان غنيًّا .

والثاني : أنه إن سَرَقَ مِنْ مالٍ الصدقات مَنْ هو فقيرٌ : فلا قطع ^(٧) ،

(١) قال في الروضة (١٠/١١٦) : « ولو سرق آلات الملاهي ، كالطنبور والمزمار ، أو صنما : فإن كان لا يبلغ - بعد الكسر والتغيير - نصابًا ، فلا قطع . وإن بلغه قطع على الأصح عند الأكثرين ، منهم العراقيون ؛ لأنه سرق نصابًا من حرز . واختار الإمام وأبو الفرج الزراز : أنه لا قطع ؛ لأنه من الملاهي فأشبهه الخمر ؛ ولأنه غَيْرُ محرز ؛ لأن كل أحد مأمورٌ بإفساد آلات الملاهي ، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها ؛ ولأنه لا يجوز إمساكها ، فهي كالمغصوب يُشْرَق من حرز الغاصب » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « احترزنا بالتام » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « وجه » . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) في (أ) : « فلا حد » .

ولا فيجب ^(١)، وأما الابن فلا قطع لأجل التبغضية ، ويدل عليه أن الذمي لو سرق قُطِعَ ، ويتصور أن يُقَدَّرَ إسلامه . وفيه وجه : ^(٢) أنه يُقَدَّرُ كما يُقَدَّرُ الْفَقْرُ فِي الْغَنِيِّ ^(٣) .

ولا خلاف في أن ما أُفِرَزَ للمرتزقة ، أو مُيِّزَ من الخمس لذي القربى واليتامى وقلنا : إنه يملكهم ^(٤) ، فإذا سرقه مَنْ ليس منهم ، يُقَطَّعُ ^(٥) .

فأما (القوة) فاحترزنا به ^(٦) عن الملك الضعيف ، كالمستولدة والوقف ، وفيهما وجهان ، أصحهما الوجوب ؛ لتحقق أصل الملك ولزومه .

وأما المساجد ، ففي حصرها وقناديلها ، ثلاثة أوجه : يُفَرَّقُ في الثالث بين القناديل / ٢٥٤ / والزينة ^(٧) ، وبين الفرش التي يَتَنَفَّعُ به ^(٨) كلُّ أحدٍ . وأما باب المسجد وأجذاعه وسائر أجزائه : فيجب فيه القطع ، ويتجه فيه أيضاً تخريج وجه من القنديل . والظاهر : أن مَنْ وطىء جارية من

(١) قال في الروضة (١١٦ / ١٠) : « إذا سرق من مال بيت المال نظر : إن سرق مما أُفِرَزَ لطائفة مخصوصين ، وليس السارق منهم ، قُطِعَ . قال الإمام : وكذا الفيء المُعَدَّ للمرتزقة تفريقاً على أنه ملكهم . وإن سرق من غيره ، فَأَوْجُحُ : أحدها - وهو مقتضى إطلاق العراقيين - : لا قطع ، سواء كان غنياً أو فقيراً ، وسواء سرق من الصدقات أو مال المصالح .

والثاني : يقطع .

وأصحهما التفصيل : فإن كان السارق صاحب حق في المسروق ، بأن سرق فقيراً من الصدقات ، أو مال المصالح ، فلا قطع . وإن لم يكن صاحب حق فيه - كالغني - فإن سرق من الصدقات قطع ، وإن سرق من المصالح فلا قطع على الأصح ؛ لأنه قد يُصْرَفُ ذلك إلى عمارة المساجد والرباطات والقناطر فينتفع بها الغني والفقير » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنه يقدر كما يقدر الغني معدوماً » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ما أُفِرَزَ للمرتزقة ، أو مُيِّزَ من الخمس لذوي القربى واليتامى ، وقلنا : إنه ملكهم) قوله : (وقلنا : إنه ملكهم) يرجع إلى قوله : (ما أُفِرَزَ للمرتزقة) » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٧ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيقطع » . (٥) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « للزينة » . (٧) في (أ) ، (ب) : « بها » .

بيت المال حُدَّ كالابن يطأ جارية أبيه ^(١) ، وفي جارية بيت المال وَجْهٌ : أنه لا يجب ^(٢) .

الشرط الخامس : كون المال نقيًا عن شبهة استحقاق السارق .

فمستحق الدين إذا سرق ^(٣) مال من عليه دين ^(٤) ومن عليه الدين غير ممّاطل : قُطِعَ ، وإن كان ممّاطلاً وسرق جنس حقّه ، فلا قطع . إذ له أن يمتلك ذلك ، وإن كان غير جنس حقه ، فالمذهب : أنه لا قطع أيضًا ^(٥) ، وقيل : إنه يجب إن قلنا : إنه لا يملكه .

أما استحقاق النفقة ، فهو سبب لإسقاط القطع ؛ فلا يقطع الابن بسرقة مال أبيه وجده ، وسائر أبعاضه ؛ لأن ماله مُرصدٌ لحاجته ، وهو محتاج إلى أن لا تقطع يده ، ولا يُنظر إلى غنائه في الحال . أما نفقة الزوجية ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا تقطع [يد] ^(٦) كل واحد من الزوجين بمال الآخر ؛ لما بينهما من الاتحاد الغزفي ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ^(٧) .

والثاني : أنه يقطع ؛ إذ هو اتحاد لا يوجب الشرع .

والثالث : أن الزوجة لا تُقطع ؛ لأجل حق النفقة ، والزوج يُقطع ^(٨) .

التفريع : إن قلنا : لا يقطع ^(٩) ، فلو سرق عبْدُ أحدهما من مال الآخر ، ففيه

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (كالابن يطأ جارية أبيه) يعني أنه يُحَدُّ وإن لم يُقطع بسرقة مال أبيه ؛ وذلك لأنه قد يستحق أخذ شيء من ماله في النفقة عند فقره ولا يستحق أصلاً وطأ في ماله ؛ إذ لا يجب عليه إعفافه وهكذا بيت المال » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٧ / ب) .

(٢) في (ب) : « أنه لا يُحَدُّ » . (٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « أيضًا » ليست فس (ب) . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧٠) . المبسوط (١٨٨ / ٩) . رءوس المسائل ص (٤٩٧) . الباب (٢٠٥ / ٣) . زاد المستقنع ص (١٣٠) . الفروع لابن مفلح (١٣٣ / ٦) . دليل الطالب ص (٢٥٨) .

(٧) قال في الروضة (١٢٠ / ١٠) : « لو سرق أحد الزوجين مال الآخر - إن لم يكن محرزاً عنه - فلا قطع . وإلا فثلاثة أقوال : أظهرها : يقطع » . وانظر : نهاية المحتاج (٤٤٥ / ٧) . حلية العلماء (٦٤ / ٨) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن قلنا : لا قُطِعَ » .

وجهان^(١)، ووجهه إيجابه : أنه يلزم عليه أن لا يقطع ولّد أحدهما بسرقة مال الآخر ، وكيف يمكن ذلك وولّد الأب يقطع ، وهو الأخ ؟ .

هذه وجوه للشبهة^(٢) المتبعة . ويؤثر أيضاً ظن السارق أنه ملّكه ، أو ملّك أبيه ، وأن الحرز ملّكه .

فأما كون الشيء مُباح الأضلي ، كالكلأ والصيد والخطب^(٣) ، أو رطباً كالقواكه والمرق ، أو مضمومًا إلى ما لا يقطع فيه^(٤) ، أو كونه مسروقاً مرة أخرى وقد قُطع فيه ، أو متعرضاً لتسارع الفساد كالمرق والجَمْد^(٥) والشمع المشتعل ، فكل ذلك يقطع فيه عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله)^(٦) .

(١) قال ابن الصلاح : « إذا قلنا : لا يقطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر ، فلو سرق عبد أحدهما من مال الآخر ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقطع ؛ لأننا جعلنا - على هذا القول - مال أحدهما كمال الآخر في القطع ، فيكون كأنه سرق مال سيده ، ولذلك نقول : لا يقطع عبد الإنسان بالسرقة من مال والده أو ولده كما لا يقطع هو .

والثاني : يقطع العبد ؛ لأنه لو لم من عدم جريان القطع بين السادة : كون أموالهم في حكم مال واحد - فيما يرجع إلى عدم وجوب القطع على عبيدهم - للزم مثل ذلك في حق أولادهم ، حتى لا يقطع ولّد أحدهم بسرقة من مال الآخر ؛ لكون مال الآخر كمال أبيه ، وكيف يُمكن القول بذلك مع أنّ الأخ - وهو ولد الأب - يقطع بسرقة مال أخيه ابن أبيه ، ومال أخيه كمال والده ، من حيث إنّ والده لا يقطع به كماله ، وهو لا يقطع بمال والده ، فيلزم أن لا يقطع أيضاً بمال أخيه لو صحت هذه القاعدة ، وقد علمنا فسادها وأن ذلك الاتحاد مقصورٌ على السيد ونحوه . هذا شرح كلامه الذي اختصره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٧ / ب ، ١٠٨ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشبهة » . (٣) في (ب) : « أو الخطب » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو مضمومًا إلى ما لا يقطع فيه) مثاله : أن يسرق لحماً وميتاً معاً ، أو شاة وخنزيراً معاً ، والله أعلم » . المشكل (ج ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٥) الجمّد : ما جمّد من الماء ، وهو ضد الذوب ، وهو مصدر شَمِيَ به . انظر مختار الصحاح ص (١٠٩) مادة (ج م د) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧١ ، ٢٧٢) . المبسوط (١٣٩ / ٩ ، ١٥٣ ، ١٦٥) . رعوس المسائل ص (٩٢) .

إيثار الإنصاف ص (٢٢٨) . اللباب شرح الكتاب (٢٠٩ ، ٢٠٢ / ٣) . المنتقى (١٥٩ / ٧ ، ١٦٠) . مختصر المزني ص (٢٦٣) . حلية العلماء (٧٦٨) . رحمة الأمة (٢٨٢) . روضة الطالبين (١٠ / ١٢١ ، ١٣٣) . المقنع ص

(٣٠٤) . الفروع لابن مفلح (١٣٤ / ٦) . المبدع (١٣٧ / ٩) . المغني (٢٤٦ / ٨) .

وأما الماء : فإن قلنا : إنه مملوك وبلغ نصاباً ، وَجَبَ القَطْعُ فيه أيضاً .

ولا خلاف أنه لا يُشترط كون المسروق في يد المالك ، ^(١) بل لو سُرِق في يد الوكيل ^(٢) والمودع والمرتهن وغيرهم : وَجَبَ القَطْعُ .

الشرط السادس ^(٣) : كونه مُحَرَّرًا .

ونعني بالمحرر ما يكون سارقاً على خطر وغرر خوفاً من الاطلاع عليه ؛ فلا قَطْعُ على من يأخذ ^(٤) مالاً من مضيفة . وعمدة الحرز اللّحاظُ ، فلا قطع على من سرق مالاً من قلعة حصينة في برية ؛ لأنه لا خطر في أخذه بالنقب والحيل ، نعم إن لم يكن للموضع حصانةً ، فلا بد من لحاظ دائم كالشارع والصحراء . وإن كان له حصانة كاللدور والحانوت ^(٥) فلا بد من أصل اللحاظ ، ولا يُشترط دوامه ، إذ حيلة التسلق والفتح والنقب ، يُنبِئُ الملاحظين ، والمحكّم فيه العرف . هذه هي القاعدة ، وشرحه ^(٥) بصور :

الأولى : أن الإصطبل حرزٌ للدواب دون الثياب مهما كان متصلاً بالدور ؛ لأن عُشَرَ نَقْلِ الدواب - مع أصل الحصانة واللحاظ - يوجب خطراً في سرقتها . وأما الثياب فَيَتَيَسَّرُ نقلُها وإخفاؤها . وكذلك عَرَصَةُ الدار حرزٌ للفرش وثياب البذلة دون الدنانير ؛ لقضاء العرف ، فإن واضع الدنانير فيه مُضَيِّعٌ ، والمحكّم فيه العرف .

الثانية : ما أُخْرِجَ بمجرد اللحاظ - كالمتاع الموضوع في الصحراء ، أو الشارع أو المسجد - فلا بُدَّ من دوام اللحاظ بحيث لا يتفق إلا فترات لطيفة قد ينحذف السارق في معافستها ، وقد يخطئ فيه . وَيَسْقُطُ ذلك بالنوم ، وبأن يوليه ظَهْرُهُ . ويضعف أيضاً بأن يكون في محل لا يلحقه الغوث فلا يبالى السارق به ؛ لأنه ضائع مع ماله .

وهل يسقط الحرز بزحمة الناس ، كما في المسجد المزحوم ، أو الشارع ؟ فيه وجهان :

(١) في (أ) ، (ب) : « بل لو سرق من يد السارق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أخذ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « السادس » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وشرحها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الحوانيت » .

أحدهما : أنه لا يسقط ؛ لأن اللحاظ يحيط بالمتاع .

والثاني : نعم ؛ لأن الحيس يشتغل بتزاحم الناس فيذهل عن المتاع ^(١) . وهذا جارٍ في الخباز والتاجر إذا ازدحم الناس على حانوتهم ^(٢) للمعاملة . أما المسجد الخالي فالفعل فيه ملحوظ إلا أن يكون وراء ظهره ، فيكون مُضَيِّعًا .

الثالثة : ما يعتمد حصانة الموضع مع أدنى لحاظ - كالموضوع في الدار - فهو محرّز وإن نام صاحب الدار ؛ لأن حركة السارق تُنبئ المالك غالبًا إن كان الباب مغلقًا . وإن كان مفتوحًا بالليل فهو ضائع . وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران ^(٣) - لأن بابه مطروق - ففيه وجهان : أحدهما : أنه محرّز كالمتاع على أطراف حوانيت البقالين والصباغين وغيرهم ، فإنه ملحوظ من جهة الجيران ومحرّز به .

والثاني : لا ؛ لأن الأعين تقع على الأمتعة ولا تقع على قعر الدار / ويتساهل الجيران إذا علموا ٢٥٤/ب بأن ^(٤) المالك فيه ، ولذلك ذكروا وجهين فيما لو كان المالك مستيقظًا ^(٥) في الدار ولكن تغفله السارق ، فهذا إنما يكون إذا لم يكن لحاظ دائم ، يكون مثله في الصحراء محرّزًا ، لكن [قد] ^(٦) يتردد المالك في جوانب ^(٧) الدار فلا يُديم اللحاظ . فلو ادعى السارق ^(٨) أنه كان لا يديم اللحظ ^(٩) ، بل نام أو أعرض فيسقط الحد بمجرد دعواه ^(١٠) كما في الملك ^(١١) .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ١٢٢) . (٢) في (أ) ، (ب) : « حانوته » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران ، ففيه وجهان) يعني وصاحب الدار نائم فيها . وإنما أُجرى الوجهين فيما لو كان صاحبها مستيقظًا فيها ، حيث يُقَصِّر في اللحاظ اعتمادًا على الدار ، ولا يأتي بمثل اللحاظ الذي يُعَدُّ إحرازًا في الصحراء كما ذكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أن » . (٥) في (أ) ، (ب) : « متيقظًا » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) . (٧) في (أ) ، (ب) : « جانب » .

(٨) كلمة « السارق » ليست في (أ) ، (ب) . (٩) في (أ) ، (ب) : « اللحاظ » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « كما في المال سواء » . ويعني أن الحد يسقط عن السارق إذا ادعى أن المالك أعرض عن لحاظ متاعه ، كما يسقط الحد إذا ادعى السارق أن المسروق يملكه .

الرابعة : أن الحيام ليست حرّزاً ؛ لأنه يمكن سرقتها في نفسها ، ولكن إحكام الربط وتنضيد الأمتعة قد يغني عن دوام اللحاظ ، وكذلك الدواب في الصحراء ملحوظة بأعين الرعاة إذا كانوا على نَشْرِ^(١) . فأما من يسوق قطاراً من الإبل قال الأصحاب : هو محرّز بالقائد . وأقصى عدد القطار تسعة^(٢) ، وهو صحيح^(٣) إذا كان يسوق^(٤) في الأسواق ؛ فإن الأعين تلاحظه ، وفي^(٥) سكة خالية وهو يلحظه وراءه . فإن انحرفت السكة ، فما غاب عن بصره^(٦) فغير محرّز^(٦) . أما إذا كان المكان خالياً وهو لا يلتفت ، فالصحيح ما قاله أبو حنيفة (رحمه الله) ، وهو أنه محرّز بالسائق ، والمحرّز بالقائد هو الأول ، وبالراكب مركوبه وما أمامه ، وواحد من وراءه .

الخامسة : لا قطع على النباش إن سرق الكفن من قبر في مضیعة . وقيل : إنه يجب ؛ لأنه مُحرّز بِهَيْبَةِ النفوس عن الموتى ، وهو ضعيف . ويجب القطع إذا سرق من قبر في بيت محروس . وكونه كفناً لا يَنْدَرُ القطع عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله)^(٧) .

أما المدفون في مقابر المسلمين على أطراف البلد^(٨) ، ففيه وجهان :

(١) النَّشْرُ : المكان المرتفع . انظر مختار الصحاح ص (٦٦٠) . مادة (ن ش ز) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقصى عدد القطار سبعة) في بعض النسخ (تسعة) بالناء المثناة في أوله . والصحيح : سبعة - بالباء الواحدة - وعليه العرف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٨ / أ) . قلت : هو في النسخ الثلاثة « تسعة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو الصحيح » . (٤) في (أ) ، (ب) : « يقود » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أو في » . (٦) في (أ) ، (ب) : « فهو غير محرّز » .

(٧) مذهب الشافعية : أن سارق الكفن يقطع إذا توافرت الشروط الأخرى . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وقول أبي يوسف وزفر من الحنفية . انظر : مختصر المزني ص (٢٤٦) . التنبيه ص (١٥٠) . منهاج الطالبين ص (١٣٣) . نهاية المحتاج (٤٥٤ / ٧) . الكافي ص (٥٨٠) . المنتقى (١٨١ / ٧) . تنوير الحوالك (١٧٦ / ٢) . حاشية الدسوقي (٣٣٩ / ٤) . المقنع ص (٣٠٣) . المبدع (١٢٩ / ٩) . الفروع لابن مفلح (١٣١ / ٦) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن سارق الكفن لا يقطع ، وخالفه أبو يوسف وزفر . انظر : المبسوط (٩ / ١٥٩) . رءوس المسائل ص (٤٩٣) . إيثار الإنصاف ص (٢٢٤) . اللباب شرح الكتاب (٢٠٥ / ٣) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « البلاد » .

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه محرّز بلحاظ الطارقين مع حصانة القبر وهيبّة النفوس عن الميت ، فمجموعُ هذا يُخرّجه عن كونه ضائعاً .

والثاني : أنه لا قطع ؛ لأنه بعيدٌ عن الأعين ، ولا مبالاةً بهيبة النفوس .

فإن قلنا : يجب ، ففي الثوب الموضوع مع الكفن أو الملفوف على الميت زائداً على العدد الشرعي وجهان ، ووجه الفرق أن العرف لا يجعل هذا حرزاً لغير الكفن كما لا يُجعل الإصطبلُ حرزاً لغير الدواب .

ثم الصحيح : أن حقَّ الخصومة للوارث ؛ لأن الملك في الكفن للوارث على الأصح . ولو كَفَنَهُ أجنبيٌّ فالخصومة للمُكفّن وكأنه إعارَةٌ لا رجوع فيها ، وإلا فلا يزال ^(١) ملكه إلى الميت .

السادسة : إذا كان الحرز ملكاً للشارق ، فله ثلاثة أحوال :

(إحداهما) : أن يكون مُشتأً جزاً منه ، فعليه القطع ؛ إذ ليس له الدخول ، والإحراز من منافع الدار ^(٢) وقد زال ملكه بالإجارة ^(٣) .

(الثانية) : أن يكون مستعاراً منه ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا قطع ؛ إذ له الدخولُ إلى مِلْكِ نفسه .

والثاني : يجب القطع ؛ إذ الدخولُ على هذا الوجه غَيْرُ جائز ، وإنما يجوز بعد الرجوع ولم يرجع ^(٤) .

والثالث : أنه إن قصد الرجوع بدخوله فلا قَطْع ، وإلا قَطْع ، وهو كالمسلم إذا وُطئ حُرِيَّةً في دار الحرب ، فإن قصد القهر والاستيلاء ، فولدُه نسبٌ ، وإن لم يقصد فهو زان ولا نسب لولده منه ^(٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يزال » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وزال ملكه بالإجارة » .

(٣) والأصح المنصوص أنه يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١٣٢) . والمنهاج ص (١٣٣) . والغاية القصوى (٢ / ٩٣١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « منها » .

(الثالثة) : أن يكون مغصوباً منه ، فلا قطع عليه وإن أخذ مال الغاصب ؛ لأنه لا حرز في حقه .

أما إذا لم يكن الحرز ملكه ، ولكن فيه مال مغصوب منه ، فدخل وأخذ غير مال نفسه ، ففي القطع وجهان :

أحدهما : [أنه] ^(١) يجب ؛ إذ أخذ مال غيره من ملك غيره .

والثاني : لا ؛ لأن له التهجم على الموضع لأجل مال نفسه ؛ فسقط الحرز في حقه ^(٢) .

أما إذا دخل غير المغصوب ^(٣) منه : فإن أخذ مال الغاصب قُطِع . وإن أخذ [المال] ^(٤) المغصوب ، ففيه وجهان مبنيان على أن غير المغصوب منه ، هل له انتزاع المال من يد الغاصب بطريق الحسبة ^(٥) ؟

فرع : الدار المغصوبة ، هل هي حرز ^(٦) عن المغصوب منه ^(٦) ؟ ، قال القفال (رحمه الله) : ليس بحرز ؛ لأن منفعة الدار غير مملوكة ، والإحراز من المنافع ، وفي كلام غيره إشارة إلى أنه ^(٧) حرز .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح أنه لا يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١٣٣) والغاية (٢ / ٩٣١) والمنهاج ص (١٣٣) .

(٣) في الأصل : « غير مغصوب » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) والأصح أنه لا يقطع الأجنبي بأخذه المال المغصوب أو المسروق . انظر : الروضة (١٠ / ١٣٣) . والمنهاج ص

(١٣٣) . والغاية القصوى (٢ / ٩٣١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « عن غير الغاصب » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

الركن الثاني

نفس السرقة

وهي عبارة عن إبطال الحرز ، ونقل المال . والنظر فيه يتعلق بثلاثة أطراف :

الطرف الأول : في إبطال الحرز . وذلك إما بالنقب أو بفتح الباب ^(١) . وفيه صور :

الأولى : أنه لو نقب ، وعاد ليلة أخرى للإخراج ، فالظاهر وجوب القطع كالمستصل ، إلا أن يكون المالك قد اطلع وأهمل ، فإنه لا قطع ؛ إذ أخذه من مضبعة .

وإن أخرج المال غير الناقب - إما على الاتصال أو بعده - فلا قطع ؛ إذ الأول لم يُخرج ، والثاني أخذ ^(٢) من مضبعة . وذكر العراقيون وجهًا في قطع المخرج إذا جرى ذلك عن تعاون ^(٣) ؛ كيلا يصير ذلك ذريعة إلى الإسقاط .

الثانية : / إذا تعاوَنَ رجلان في النَّقْب والإخراج جميعًا ، وأخرجا ما يخص كل واحد ٢٥٥/أ نصابًا : قُطِعَا ^(٤) ، ولا يشترط امتزاج الفعلين في النقب كما في قطع اليد لإيجاب القصاص . أما الإخراج فلا بد وأن يأخذ كل واحد [منهما] قدر ^(٥) نصاب أو يحملا قَدْرَ نصف دينارٍ معًا . فلو أخذ أحدهما سُدْسًا ، والآخر ثلثًا ، قُطِعَ صاحبُ الثلث دون صاحبِ السدس .

الثالثة : لو اشتركا في النقب ، وانفرد أحدهما بإخراج نصاب ؛ فعلى المخرج القطع ؛ لأنَّ مشاركته في النقب كالانفراد ، ولا يشترط امتزاج الفعلين بالنقب ، بل لو أخرج أحدهما لبنَةً ، والآخر لبنَةً [هكذا] ^(٦) تمت الشركة . وفيه وجه : أنه لا بد من الامتزاج ^(٧) والتحامل

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إبطال الحرز ، إما بالنقب أو بفتح الباب) هذا ليس بجامع حاصر . وما يخرج عنه ما يكون حرزه مجرد للحاظ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أخذه » . (٣) في (أ) ، (ب) : « عن تعاطي » .

(٤) في الأصل : « قُطِع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفيه وجه أنه لا بد من الامتزاج إلى آخره) معناه : أنه يُشترط في =

على آلة واحدة حتى يصير ^(١) كالمنفرد ، كالشركة في قطع اليد وفي إخراج المال ^(٢) .

= اشتراكهما أن يتحاملا معاً في النقب على آلة حتى يصير كل واحد منهما كالمنفرد بالنقب ؛ لتأثير فعل كل واحد منهما حيثث في كل جزء كما في الشركة في قطع اليد في باب القصاص وكما في الشركة هاهنا في إخراج المال من الخزانة ، فإنها تكون تارة تحملاً معاً . والفرق على المذهب أن النقب ليس عين السرقة وإنما هو وسيلة إليها ، وهي الإخراج ، وكما يعدنان مشتركين في السرقة وإن لم توجد حقيقة الاشتراك في النقب ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٨ ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « يصيرا » . يعني : كل واحد منهما .

(٢) قال الحموي : « قوله : (الثالثة : لو اشتركا في النقب وانفرد أحدهما بإخراج نصاب ، فعلى المخرج القطع ؛ لأن مشاركته في النقب كالانفراد ، ولا يشترط امتزاج الفعلين بالنقب ، بل لو أخرج أحدهما لينة تمت المشاركة ، وفيه وجه : أنه لا بد من الامتزاج والتعامل على آلة واحدة حتى يصير كالمنفرد بالشركة كما في قطع اليد وفي إخراج المال) .

فإن قيل : الصورة الثالثة هي الصورة الثانية بعينها ، وهي : إذا تعاون رجلان في النقب والإخراج جميعاً ، فأخرج كل واحد منهما نصاباً قطعاً ، ولا يشترط امتزاج الفعلين في النقب كما في قطع اليد بإيجاب القصاص . أما في الإخراج فلا بد أن يأخذ كل واحد قدر نصاب أو يخيملاً قدر نصف دينار معاً ، فلو أخذ أحدهما سدساً والآخر ثلثاً قطعاً صاحب الثلث دون صاحب السدس .

قلت : ولم يرد في الصورة الثالث إلا ذكر الخلاف في شرط امتزاج الفعل ، وكان يكفي ذكره في الثانية ، فإن قيل : كيف قال : (وانفرد أحدهما بإخراج نصاب فعلى المخرج القطع) ومعلوم أنه لا حاجة إلى ذكره ؛ فإنه ذكر ما هو أبلغ منه فقال : (لو أخذ أحدهما ثلث دينار والآخر سدس دينار قطعاً صاحب الثلث دون صاحب السدس) فإن القطع إذا لم يجب على من لم يأخذ دون النصاب فإذا لا يجب على من لم يأخذ شيئاً أولى ؟ .

قلت : وطريق الجواب عن الأول أن يقال : وإن كان الأمر كذلك إلا أن فيه زيادة فائدة ، فإنه في الصورة الأولى انفرد كل واحد بأخذ نصاب ، وفي الصورة الأخرى أخذ أحدهما نصاباً ولم يأخذ الآخر شيئاً فقطع الآخر ، ولو اقتصر على الثانية لاعتقد معتقداً أنهما لا يقطعان إلا في موضع اشتركا فيه بالنقب والإخراج ، وليس كذلك . ثم ذكر أيضاً في الثانية زيادة ، فإنه قال : (أو يحملاً قدر نصف دينار معاً ، ولو أخذ أحدهما ثلث دينار والآخر سدس دينار قطعاً أخذ الثلث وحده) وهذا لا يفهم من الثالثة ، وكل موضع كان فيه تكرار وقع ذلك ضمناً وتبعاً ، وكل موضع لم يتكرر فيهما فالتقسيم إنما كان لأجله .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، فإن أحدهما لا يسد مسد الآخر ، فإن أحدهما إذا انفرد =

الرابعة : لو اشتركا في النقب ، ودَخَلَ أحدهما وأخرج المال ^(١) إلى باب الحرز - وهو بَعْدُ في الحرز - فأَدْخَلَ الآخر يَدَهُ وأخرج ، فالقَطْعُ عليه ؛ لأنه الخَرْجُ من الحرز . ولو أخرج الداخلُ يَدَهُ إلى خارج الحرز ، وأخذه ^(٢) الواقفُ ، فالقَطْعُ على الداخل . ولو وضعه على وسط النقب فأخذه الخارج ، فقولان مشهوران :

أحدهما : لا قطع على واحد منهما ؛ إذ لم يتم الإخراج من أحدهما ^(٣) .

والثاني : أنه يجب عليهما ؛ إذ تمَّ الإخراج بتعاونهما .

الطرف الثاني : في وجوه نقل المال . وفيه صور :

إحداها : أنه لو أرسل محجبا ، فتعلّق به في الحرز ثوبٌ أو آنيةٌ ^(٤) وأخرجه : قُطِع . ولو رَمَاهُ إلى خارج الحرز قُطِع ، أَخَذَهُ ، أو تركه ، وقيل : إذا لم يأخذ ^(٥) ، فلا قطع ؛ لأنه تفويتٌ وليس بسرقة . ولو أكل الطعام في الحرز وخرج ، فلا قطع ، ولو ابتلع دُرَّةً وخرج . فتلاثة أوجه :

أحدها : ^(٦) أنه لا يقطع كالطعام ^(٧) ؛ فإنه استهلاكٌ .

= بإخراج نصاب لم يُقَطَّع الآخذُ قولاً واحداً وفقاً بيننا وبين أبي حنيفة ، فإن في صورة أخذ أحدهما ثلث دينار والآخر سدس دينار ، فإن الآخذُ عندنا يُقَطَّع دون الآخر ؛ لكونه لم يتكامل في حقه ، وعند أبي حنيفة يقطع الاثنان ، إن أخذ أحدهما نصاباً ولم يأخذ الآخر شيئاً قُطِعَا ، لأنه جعل غير الآخذ كالرَّذِيءِ له كما في قُطَاع الطريق ، وهو كذلك في مسألتنا وأولى ؛ لأنه إذا قُطِعَ ولم يأخذ شيئاً فلا يُعْتَقَد أنه يُقَطَّع وإن أخذ سدساً من طريق أولى ، فإن قيل : فنصاب السرقة عند أبي حنيفة عشرة دراهم ، ونصابه عندنا ثلاثة دراهم ، فكيف يحترز بذلك في مذهب أبي حنيفة والنصاب مختلف ؟

قلت : تظهر فائدة هذا في مسألة أخرى في صورة « أَخَذَ إنسانٌ بطريق الاشتراك عشرين درهماً ولم يأخذ الآخر شيئاً » فإن القطع يختص بالآخذ وحده عندنا ، وعند أبي حنيفة يقطعان ؛ لأنه في حق كل واحدٍ منهما نصابٌ ، وبه خرج الجواب . إشكالات الوسيط (ق ١٧٥ - ١/١٧٧) .

(١) في (ب) : « المتاع » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فأخذه » .

(٣) وهذا القول هو أظهرهما كما في المنهاج ص (١٣٤) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو آنية) كان ينبغي أن يقول : (أو إزاء) ؛ فإن الآنية جمع ، والمفرد هو اللاتق هاهنا ، وكأنه أراد بذلك المفرد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لم يأخذه » . (٦) في (أ) ، (ب) : « لا ، كالطعام » .

والثاني : [أنه] ^(١) يقطع ؛ لأنه لا تُهلك بالابتلاع .

والثالث : أنه إن أخذها بعد الانفصال يقطع ^(٢) وإلا فلا ^(٣) .

الثانية : لو نَقَبَ أسفل كُنْدُوج ، فأنصَبَ إلى خارج الحِرْزِ قُطِعَ كما لو ^(٤) وضع المتاع على الماء حتى جرى به إلى خارج الحِرْزِ . وقيل : بينهما فرق ؛ لأنه لم يوجد في الكندوج إلا الثَّقَبُ ، والانتقال لم يَقَعْ به ، وأما الإلقاء على الماء ، فهو سببٌ في النقل .

الثالثة : لو كان في الحِرْزِ متاعٌ ودابةٌ ، فوضع المتاع على ظهر الدابة فخرجت ، فالأظهر أنه ^(٥) لا قطع ؛ لأن الدابة ذات اختيار بخلاف الماء ، والقطع لا يجب بالسبب مع مباشرة حيوان . ومنهم من قال : إن تراخى سَيْرُ الدابة عن الوضع فلا قطع ، وإن اتصل ^(٦) فيه وجهان ^(٧) . وقيل : إن اتَّصَلَ قُطِعَ ، وإن تراخى ففيه وجهان .

وكأن هذا خلافاً في أنّ السبب ، هل يُكْتَفَى به لإيجاب القطع ؟ وإن كان يكفي لإيجاب الغرم . وكذا لو أخذ شاةً ليست بنصاب ، فاتبعها الشاء ، أو الفصيل ^(٨) ، فَيُخْرَجَ على الخلاف ؛ لأجل اختيار الدابة . وقطع الشيخ أبو علي هاهنا ^(٩) بالوجوب .

(١) زيادة في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قطع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله - في الدرة - : (والثالث : إن أخذها بعد الانفصال ، قطع ، وإلا فلا) الصحيح في حكاية هذا الوجه اعتبار انفصالها منه من غير اشتراط أخذه لها . كذلك حكاة شيخه وغيره » . مشكل الوسيط (ق ١٠٨ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أن » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فوجهان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فتبعها شاة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن أخذ شاةً ليست بنصاب ، فتبعها الشاء أو الفصيل) هذا مفروض فيما إذا كان ذلك يهيج ما يتبعها على ذلك لكونها أمثاً لها ، أو لكونها هادية القطيع . والشاء : بالمد ، جمع شاة . وقوله : (أو الفصيل) هو بالالف واللام ، وفيه إضمار ، والتقدير : أو الفصيل تبع الناقة أمه ، أو ما أشبه ذلك من التقدير ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(٩) قوله : « هاهنا » ليست في (أ) ، (ب) .

الرابعة : العبد الصغير ، إذا أخذه وحمله من دار السيد أو حريم داره : قطع ، فإن بُعد عن سكة السيد ^(١) وحريم داره ، فهو ضائع . فإن دَعَاه وَخَدَعَهُ وهو مَمَيَّرٌ ، فلا قطع ؛ لأنه المستقل . وإن كان لا يعقل فهو كالبهيمة وسَوَّقَهَا ^(٢) واستباع الشاة بها ^(٣) . وقد سبق . ^(٤) وإن أكرهه وهو مَمَيَّرٌ ^(٤) ، فوجهان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه خرج باختياره .

والثاني : يجب ، كما لو ضرب الدابة حتى خرج ، فإنه يُقَطَّع وجهًا واحدًا . لكن الآدمي - وإن كان مكرهاً - فاعتبارُ فِعْلِهِ أَوْلَى ، فلذلك ينقذح الفزقُ على وجهه . أما إذا حمل عبدًا قويًّا يُقَدَّر على الامتناع ولم يمتنع ، فلا قطع ، لأن حرزَه قوته ، وهي معه . ولو حمله وهو نائمٌ أو سكرانٌ ، فهو ضامنٌ لومات في يده ، ولكن في كونه سارقًا نظرٌ ؛ لأنه مُحَرَّزٌ بقوته ، لا بالدار .

الخامسة : لو حمل حرًّا وأخرجه من داره وعليه ثيابه : فإن كان قويًّا لم يدخل الثوب تحت يد الحامل ، وإن كان صغيرًا ففي ثبوت اليد عليه وجهان ، فإن أثبتنا اليدَ للضمان ، ففي جَعْلِهِ

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن بُعد عن سكة السيد) غَيْرُ مَوْضِيٍّ ؛ فإن السكة - وهي الزقاق - غير معتبرة في ذلك ، بل بعد داره من السكة » . المشكل (ج ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فهو كالبهيمة وسَوَّقَهَا) يعني سوقها بدعائها ، ففيه خلاف لا بالضرب ، فإنه يوجب القطع قطعاً » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لهما » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (واستباع الشاة لها) يعني يكونها أما أو هاديا ، كما شرحناه . وفي بعض النسخ (لها) باللام ، وفي بعضها (بها) وهذا الضمير عائد إلى البهيمة ، أي بهيمة الأنعام ، وليس اسم البهيمة مختصا بالحمار . ثم إذا قرأته (باللام) كانت البهيمة عبارة عن الشاة التابعة وإذا قرأته (بالباء) كانت البهيمة عبارة عن الشاة المتبوعة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٩ / أ) .

قلت : وقول ابن الصلاح : إذا قرأته (باللام) يعني إذا قرأتها (واستباع الشاة لها) . وقوله : إذا قرأته بالباء يعني إذا قرأتها (واستباع الشاة بها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن أكرهه بالسيف وهو مميز » .

سارقاً وجهان . أما إذا نام على بعير ، وعليه أمتعته ^(١) ، فجاء السارق وأخذ زمامه وأخرجته من القافلة ، ففيه أربعة أوجه :

أحدها : أنه سارق للبعير والأمتعة ؛ إذ أخرجه من الحرز .

والثاني : لا ؛ لأن الكلّ تحت يد النائم ، وهو محرز بقوته ^(٢) .

والثالث : أنه إن كان الراكب قوياً فليس بسارق . وإن كان ضعيفاً ، فهو سارق .

والرابع : أنه إن كان حرّاً فليس بسارق ، وإن كان عبدّاً فهو أيضاً مسروق مع الأمتعة ، وهذا يُستمدّد من الأصول السابقة ^(٣) .

الطرف الثالث : في المحل المنقول إليه .

فنقول : لو نقل المتاع / من زاوية البيت إلى زاوية أخرى وهرب ، فلا قطع . ولو أخرج ٢٥٥ ب / وألقاه في مضیعة : قطع . ^(٤) وإن أخرجه ^(٥) إلى صحن الدار في البيت : فإن لم يكن البيت مقفلاً فلا قطع ؛ إذ جميع الدار حرز واحد ، وإن كان مقفلاً وباب الدار مفتوح : قطع . وإن كان مغلقاً أو مفتوحاً بفتح السارق ^(٦) قطع أيضاً ^(٧) ، فإن إبطاله الحرز لا يؤثر في حقه ، فالدار والبيت جميعاً حرزان . أما إذا كان الدار ^(٨) أيضاً مغلقاً ^(٩) ، والمال محرز ^(١٠) بالبيت والدار ^(١١) جميعاً ، ففي نقله إلى العرصة ثلاثة أوجه :

(١) في (أ) ، (ب) : « وعليه أمتعة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الوجه الثاني : (وهو محرز بقوته) يقال : كيف قال هذا ، وعلى هذا الوجه لا فرق بين الضعيف والقوي بخلاف الوجه الثالث !؟ وجوابه : أن له على الجملة قوة يحرز ما في يده عن أكثر الناس ؛ فيُعَدُّ مُحْرَزاً على الإطلاق . وأما القوة - المذكورة في الوجه الثالث - والضعف ، فالمراد بهما القوة والضعف بالنسبة إلى هذا السارق المعين خاصة ، فأفهم ذلك ؛ فإنه مُشْكِلٌ والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ص ١٠٩ / ١) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في المنهاج ص (١٣٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو أخرج » .

(٥) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « مغلقاً أيضاً » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بالدار والبيت » .

أحدها : أنه ^(١) يجب ؛ لأنه أخرج من بيت مستقل بالإحراز .

والثاني : لا ؛ لأنَّ إغلاق باب الدار لإكمال الحرز ولم يُخْرِجْهُ من كمال الحرز .

الثالث : أنه يجب فيما لا تُجْعَلُ العرصة حرزاً له كالدنانير والجواهر ، دون الفرش والأواني .

أما الخانات فالإخراج من حرزها ^(٢) إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار ^(٣) .

أما السكة المنسدة الأسفل : فإن كانت مملوكة كعرصة الخان ، فالنقلُ إليها من الدور سرقةً ، إذ صَحْنُ الخانِ تَلَحُّظُهُ الأَعْيُنُ ، وتَوْضُعُهُ فِيهِ الأَمْتَعَةُ ، بخلاف السكة .

أما سكان السكة ، فالحجرةُ المقفلة حرزٌ في حقهم ، والعرصةُ ليست بحرز في حقهم ، وهي حرزٌ في حق غير السكان ؛ لأنها ملحوظة بالأعين نهاراً ، وبأيها مغلقٌ ليلاً ، وكذلك الضيفُ إذا سرق شيئاً ، أو بعضُ الجيران إذا سرق من حانوت جاره حيث يحرز باللمحظ ، فلا قطع ؛ لأنه غير محرز فيه ^(٤) .

* * *

(١) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من حجرها » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما الخانات ، فالإخراج من حجرها إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار) هذا ليس على إطلاقه وإنما فيما إذا كان السارق من خارج ليس من سكان الخان ، وقد ذكرنا فيما بعد ما يُشعر بهذا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٩ / ١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « منه » .

الركن الثالث

السارق

ولا يُشترط فيه التكليف والالتزام . ويستوي في وجوب القطع : الحر والعبد والدَّكْر والأُنْثَى . ولا قطع على الصبي والمجنون ^(١) . ويجب على الذمّي لإلزامه أحكامنا . نعم ، هذا إذا سرق مال مسلم . فإن سرق مال ذمّي ، فهو موقوف على ترافعهم إلينا ، فإن زنى بذمية فلا يُحْدُ ما لم يرضوا ^(٢) بحكمنا . وإن زنى بمسلمة أقفنا الحدَّ قهراً ؛ كما سرق مال مسلم ، وقيل : لا بُدَّ من رضاهم ؛ لأن حدَّ الزنا حق الله ولا خَصَمَ فيه بخلاف السرقة . وهذا ركيك ؛ إذ يجز ذلك فضيحة عظيمة ، فإنه لا يرضى بحكمنا . وغايَتنا نقضُ عهده . ويجب تجديده إذا التزم وتاب .

أما المعاهد إذا سرق ، ففي قطعه نصوصٌ مضطربة ^(٣) ، وحاصلها ثلاثة أقوال : أحدها : أنه كالذمّي ؛ لأجل العهد .

والثاني : أنه لا حدَّ أصلاً ؛ لأنه خزيي دخلَ لسفارة ^(٤) .

والثالث : أنه يُقْطَع ^(٥) إذا شُرِطَ ذلك عليه ^(٥) في ابتداء الأمان ، وإلا فلا .

وسرقة المسلم ماله يُخْرِج على سرقته مال المسلم ، إذ يَتَعَدُّ أن يُقْطَع المسلم بسرقة ماله ولا يُقْطَع بسرقة مال المسلم ^(٦) . ولو زنى ^(٧) بمسلمة فطريقان : منهم من قال : كالسرقة . ومنهم

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا قَطْع على صبي ولا مجنون » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ما لم يَرْضَ » .

(٣) يعني ورد فيه عن الشافعي (رحمه الله) نصوصٌ مختلفة .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، وهو نص الشافعي في أكثر كتبه ، كذا في الروضة (١٠ / ١٤٢) . وفي الغاية

(٢ / ٩٣١) أن أحسن الأقوال هو أنه يقطع إذا شرط عليه ذلك في ابتداء الأمان .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إن شُرِطَ عليه ذلك » .

(٦) وفي الروضة (١٠ / ١٤٢) : « ويقطع المسلم والذمي بسرقة مال المسلم والذمي » .

(٧) يعني المعاهد .

من قطع بأنه لا يقام [الحد] ^(١)؛ لأنه حقُّ الله تعالى لا يتعلق بطلب العبد . ولا خلاف في أنه يُطالَب بضمنان الأموال ، وإنما النَّظَرُ في الحدود .

النظر الثاني من الكتاب : في إثبات السرقة . ومعرفتها بيمين مردودة ، أو إقرار ، أو يئنة .
أما اليمينُ : فإذا أنكر السرقة وحلف ، انقطعت الخصومةُ . وإن نكل ، وحلف المدَّعي :
ثبت الغرمُ وثبت القطعُ أيضًا كما يثبت القصاصُ باليمين المردودة .

ولو ادَّعى استكراه جاريته على الزنا ، ثبت المهرُ باليمين المردودة ، ويعدُّ إثباتُ الرجم به ؛
لأن اليمين المردودة - وإن جعلت بينة - فلا تتعدى حقَّ الخالف ، والرجم حقُّ الله تعالى .
ومن هذا ينقدح احتمالُ أيضًا في قطع السرقة ^(٢) .

وأما الإقرار ^(٣) : فإن كان بعد الدعوى ^(٤) ثبت به القطعُ ^(٥) بشرط الإصرار ، فإن رجع لم
يسقط الغرمُ . وفي سقوط الحد ^(٥) قولان :
أحدهما : أنه يسقط كحدِّ الزنا ^(٦) .

والثاني : لا ؛ لارتباطه بحقِّ آدمي وبقاء الغرم الذي هو ملازمٌ له . ومنهم من عكس
وقال ^(٧) : القطعُ ساقطٌ ، وفي الغرم قولان ، ووجهُ إسقاطه تبعيةُ القطع ^(٨) . وهو فاسد .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) يعني أنه يثبت الغرم باليمين المردودة ولا يثبت القطع ، قياسًا على دعوى الاستكراه على الزنا أنه يثبت المهر ولا يثبت الرجم .

(٣) في الأصل : « أما الإقرار » ، والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « ثبت القطع به » . (٥) في (أ) ، (ب) : « القطع » .

(٦) والمذهب أنه يقبل رجوعه في الإقرار ؛ فيسقط القطع ، ولكن يثبت عليه الغرم . انظر الروضة (١٠) / ١٤٣ . والمنهاج ص (١٣٤) . والوجيز (٢ / ١٧٧) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فقال » .

(٨) يعني وجهُ إسقاط الغرم أنه تابعٌ للقطع ، نفياً وإثباتاً .

أما إذا أَقَرَّ باستكراه جارية على الزنا ثم رجع ، فالأصحُّ أنه يسقط الحدُّ ويجب المهر .
وقيل : يحتمل أن يُجعل كالسرقة ، ولكن مفارقة الحدِّ للمهر ، أقرب من مفارقة القطع للغرم ،
فلذلك يتردد فيه .

وإن رجع السارق بعد القطع فلا تَذَارُكَ . فإن رجع ^(١) في أثناءه كفَّ الجلاذ عن البقية إن قلنا : يُؤَثِّرُ رُجوعه .

أما إذا أَقَرَّ قبل الدعوى ، فهل يُقْطَع دون حضور المالك وطلبه ؟ فيه وجهان ^(٢) . وَوَجْهٌ اعتبار طلبه أنه رُبما يقر له بالملك أو بالإباحة فإنه يسقط الحد وإن كذبه السارق .

والصحيح أنه لو أقر بالزنا بجارية الغير ، فإنه يُحَدُّ في الحال / ؛ إذ لا مَدْخَل للطلب فيه . ١/٢٥٦
وَمَسَاقُ هذا يُشعر بأنَّ مالكَ الجارية لو قال : كُنْتُ مَلِكُهَا الجارية قَبْلَ ذلك فَأُنكر : أَنَّ الحدَّ
يجب ولا يؤثر قولُ مالِكَ الجارية ، فإنه لا يتعلَّق بخصومته ، فهو كما لو قالت الحرة : كُنْتُ
زَوْجَتَهُ وكَذَّبَهَا ^(٣) ، فإنه يُحَدُّ .

فإن قلنا : إنه لا يُقْطَع في الحال ^(٤) ، ففي حَبْسِهِ إلى حضورِ المالكِ خلافٌ ^(٥) يَلْتَفِتُ على

(١) قوله : « فإن رجع » مكررة في الأصل .

(٢) والأصح أنه يُنْتَظَر حضور المسروق منه وطلبه ؛ لأنه ربما حضر وأقَرَّ أنه كان أباحه المال ، فيسقط الحدُّ
وإن كَذَّبَ السارق . والحدُّ يسقط بالشبهة ، فتأخيره أولى . انظر الروضة (١٠ / ١٤٤) . والمنهاج ص
(١٣٤) . الغاية (٢ / ٩٣٢) .

(٣) يعني إذا زنى بامرأة حرة ، وقالت هي : أنا زوجته ، وكذبها الزاني ، فإنه يحَدُّ ولا يؤثر قولُها : أنا زوجة
له .

(٤) أي السارق الذي أَقَرَّ بسرقة مال رجل غائب .

(٥) وفي ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم يُحْبَس ؛ كمن أَقَرَّ بقصاص لغائب أو صبي .

والثاني : إن قصرت المسافة وتوقَّع قدومه على قرب : حُبْسٌ وإلا فلا .

الثالث : إن كانت العينُ تالفةً حُبْسٌ للغرم ، وإن كانت باقية أخذت منه ، ثم يفروق بين طول المسافة
وقصرها . روضة الطالبين (١٠ / ١٤٤) .

أنه هل يَشَقُّطُ برجوعه ؟.

هذا كله في الحر . أما [في] ^(١) العبد ، إذا أقرَّ بسرقة لا توجب القطع ^(٢) ، فلا يُقْبَلُ في المال ولا تُعْلَقُ برقبته دون تصديق السيد ^(٣) . فإن أقر بما يوجب القطع ، قُطِعَتْ يَمِينُهُ وإن كَذَّبَهُ السيد ، خلافاً للمزني وأبي يوسف . (رحمهما الله) وإنما قِيلَ لأنه غَيْرُ مُتَّهِمٍ فيه ^(٤) .
ثم هل يتعلَّقُ غُرْمُ المالِ برقبته تابِعاً لثبوت القطع ؟ فيه نصوص مضطربة ، وحاصلها أربعة أقوال :

أحدها : [أنه] ^(٥) لا يقبل ؛ لأنه إقرارٌ على السيد لا على العبد ^(٦) .

والثاني : [أنه] ^(٧) يقبل ؛ لأن رقبته أيضاً مملوكة ^(٨) للسيد ، فإن قُبِلَ في قطع يده لِنَفْيِ التهمة فَلْيُقْبَلْ في الغرم [أيضاً] ^(٩) ورَدَّ المال ^(١٠) .

والثالث : [أنه] ^(١١) إنَّ أقرَّ بعينٍ هي في يده قُبِلَ ؛ لأنَّ ظاهر اليد للعبد ، فإن أقر بالإتلاف فلا يُقْبَلُ ؛ لأن رقبته في يد السيد ، وهذا يُوجب التعلُّقَ ، فيكون كما لو قال : جميع ما في يد السيد أنا سرقته وسَلَّمْتُهُ إليه ^(١٢) فإننا لا نقبل قطعاً ^(١٣) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « توجب القطع » وهو خطأ .

(٣) يعني أن المال الذي أقر العبد بسرقة ، لا يكون في ذمته إلا إذا صدَّقه سيده .

(٤) كلمة (فيه) ليست في (أ) ، (ب) . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠ / ١٤٤) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « مملوك » والمثبت فمن (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) قوله : « ورَدَّ المال » ساقط من (أ) ، (ب) .

(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « فإنه لا يُقْبَلُ ذلك قطعاً » .

والرابع : عكسه ، وهو أنه ^(١) يقبل إقراره بالإتلاف ، فإن ^(٢) السيد - على الأصح - يفدى بأقل الأمرين : من قيمته ، أو قيمة العبد ، فقيمة العبد مردُّ الإضرار بالسيد . أما الأعيان ، إن فُتِحَ بابُ الإقرارِ بها تضرَّرَ به السيدُ ؛ إذ لا مردُّ له .

فإن قيل : هل للقاضي أن يحثَّ السارقَ على سترِ السرقة أو الرجوع عن الإقرار ؟ قلنا : أما السُّتْرُ ، فيجوزُ مع ردِّ المال ؛ لقوله ﷺ للسارق : « ما إخالكَ سرقتَ » ^(٣) ، وهذا كالتلقين للإنكار . وقوله : « أسرقتَ ؟ ، قل : لا » لم تُصحَّحه الأئمة ^(٤) . وأما الرجوعُ عن الإقرار

(١) في (أ) ، (ب) : « أن » . (٢) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٣) حديث ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٤ / ٥٤٢) (٣٢) كتاب « الحدود » (٨) باب في « التلقين في الحد » حديث (٤٣٨٠) بإسناده عن أبي المنذر مولى أبي ذر عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتى يلصق قد اعترفَ اعترافاً فأعادَ عليه مرتين أو ثلاثاً ، فأمرَ به فُقطِعَ وجيء به ، فقال : « استغفرِ الله وتُبَّ إليه » فقال : « استغفرِ الله وتُوبُ إليه ، فقال : « اللهم تُبَّ عليه » ثلاثاً .

ورواه النسائي (٦٧٨) كتاب « قطع السارق » باب « تلقين السرق » . ورواه أيضاً ابن ماجه (٢ / ٨٦٦) (٢٠) كتاب « الحدود » (٢٩) باب « تلقين السارق » جميعاً من طرق عن حماد بن سلمة عن إسحاق بن عبد الله عن أبي المنذر عن أبي أمية المخزومي به . قال الخطابي : إن في إسناده هذا الحديث مقالاً ، والحديث إذا رواه رجل مجهول لم يكن حجة ولم يجب الحكم به . وقد روي تلقينُ السارق عن جماعة من الصحابة ، وأُتي عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) برجل ، فسأله « أسرقتَ ؟ » قُل : لا ، فقال : لا ، فتركه ولم يقطعه . وقد روي مثل ذلك عن أبي الدرداء وأبي هريرة (رضي الله عنهما) وكان أحمد وإسحاق لا يريان بأساً بتلقين السارق إذا أُتي به . انظر معالم السنن مع سنن أبي داود (٤ / ٥٤٣) والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (٢٠٦) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أسرقتَ ؟ قل : لا ، لم تصححه الأئمة) يعني ما روي في تمام الحديث الأول من أنه ﷺ قال له - يعني للسارق - : « ما إخالكَ سرقتَ ! أسرقتَ ؟ قل : لا » فهذه الزيادة لم تصحَّ عند أئمة الحديث ، ولكن روى الحافظ البيهقي بإسناده موقوفاً على أبي الدرداء أنه أُتيَ بجارية سرقتَ ، فقال لها : سرقتِ كذا ؟ قولِي : لا ، فقالت : لا ، فَخَلَّى عنها .

وأما قوله : (ما إخالكَ سرقت) فهو مروى من وجه معتمد أخرجه أبو داود وابن ماجه والنسائي - ثم ساق الحديث - ثم قال : فهذا الذي رواه المعتمدون فيه . وفيه الحثُّ على الرجوع لا على الإنكار ؛ فإنه اعترف مرةً عنده ﷺ ، ثم قال له ذلك مرة أخرى . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٩ / ب) .

(١) فلا بحث عليه (١) القاضي ؛ لقوله ﷺ : « من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات ، فَلْيَسْتَرْ بِسْتِرِ اللَّهِ ، فَإِنَّ مَنْ أَبْدَى لَنَا صَفْحَتَهُ نَقِمَ عَلَيْهِ حَدُّ اللَّهِ » (٢) . فدلَّ ذلك على الفرق ما بين (٣) قبل الظهور وما بعده .

الحجة الثالثة للسرقة : الشهادة . ولا يثبت القطع إلا بشهادة رجلين . فإن شهد رجلٌ وامرأتان ثبت الغرم دون القطع ، بخلاف ما لو شهدوا على القتل العمد ، فإنه لا يثبت القصاص ولا الدية ؛ لأن الدية كالبديل عن القصاص ، والغرم ليس بدلاً عن القطع ، بل يجب معه . وفيه وجه : أن الغرم أيضاً لا يثبت كالدية . وهو ضعيف .

ثم البينة الكاملة لا تُوجِبُ القطع بالشهادة على السرقة مطلقاً ، بل لابد من التفصيل فيه ، فكم من سرقة لا توجب قطعاً (٤) ، ولذلك يشترط التفصيل في الإقرار أيضاً ، ويُشترط في بَيِّنَةِ الزنا (٥) ، وهل يُشترط في الإقرار بالزنا ؟ ، فيه خلاف (٦) ، وسببه أن حدَّ الزنا ظاهر ، ووجوده

(١) في (ب) : « فلا يجب على القاضي » .

(٢) روى الحاكم في مستدركه (٣٨٣ / ٤) كتاب « الحدود » . بإسناده عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قام بعد رجم الأسلمي فقال : « اجتنبوا هذه القاذورة التي نهى الله عنها ، فمن أَلَمَ فَلْيَسْتَرْ بِسْتِرِ اللَّهِ ، وَلْيُثَبِّتْ إِلَى اللَّهِ ، فَإِنَّ مَنْ يُدِّى لَنَا صَفْحَتَهُ نَقِمَ عَلَيْهِ كِتَابُ اللَّهِ تَعَالَى » .

ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٠ / ٨) كتاب « الأشربة والحد فيها » . والحديث رواه مالك في موطئه (٨٥٢ / ٢) عن زيد بن أسلم . ورواه الشافعي في الأم (١٤٥ / ٣) من طريق مالك عن زيد ، ثم قال : « هذا حديث منقطع ليس مما يثبت به هو نفسه حجة ، وقد رأيت من أهل العلم عندنا من يعرفه ويقول به ، فنحن نقول به » . وقال ابن عبد البر : لا أعلم هذا الحديث أُسْنِدَ بوجه من الوجوه ، قال الحافظ ابن حجر : ومراده بذلك من حديث مالك . ثم حكى عن ابن السكن تصحيح هذا الحديث من طريق الحاكم السابق ذكره . وصححه الذهبي علي شرط البخاري ومسلم . وأورده السيوطي في الجامع الصغير ورمز إلى صحته . انظر : التلخيص الحبير (٩٤ / ٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بين ما » . (٤) في (أ) ، (ب) : « القطع » .

(٥) يعني أن شهود الزنا يجب عليهم تفصيلُ ما رأوه عند الشهادة ، ولا يُكْتَفَى منهم بالشهادة المجملة . انظر الروضة (١٤٧ / ١٠) .

(٦) والأصح أنه يشترط أيضاً التفصيل في الإقرار بالزنا . انظر الروضة (١٤٧ / ١٠) .

عند الزاني مُحَقَّقٌ^(١) ، وأما الشاهد فإنما يُعَوَّلُ فيه على المخايل ، وحدُّ السرقة غير ظاهر للشارق . ولا شك أنَّ النسبة إلى الزنا المطلق : قذف ؛ لأنَّ التَّعْيِيرَ حاصلٌ به .

فرعان

أحدهما : لو قامت شهادةٌ حسبة على أنه سرقَ مالَ فلانٍ الغائب . فالنصُّ أنه لا يُقْطَعُ ما لم يَحْضُر . ولو شهدوا على أنه زنى بجاريته ، قال : يُحَدُّ في الحال ، فقييل : قولان بالنقل والتخريج ، وطردوا ذلك في الإقرار في المسألتين ، ومنهم من فرق ، وهو الأصحُّ ،^(٢) لأنه أباحه الملك ، بإقراره بالملك^(٣) يدرأ حدَّ السرقة دون حد الزنا ، وله على الجملة تعلُّقٌ بطلبه .

فإن قلنا : لا يقطع ، فهل يُحبس ؟ يُبنى^(٤) على أن شهادة الحسبة مقبولة^(٥) في حق الله تعالى ؟ والظاهر أنه مردود^(٦) في حقوق^(٧) الآدميين ، والسرقة كالمرتدة بينهما ، فينقدح فيه خلافٌ . فإن لم تُقبَلْ لم يُحبس . وإن قلنا : تُقبَلْ^(٨) فيحبس^(٩) . ثم يكفي المالك - إذا رجع - أن يدَّعي ويستوفي المال . فإن قلنا : لا تُسمع^(١٠) ، فيجب إعادةُ البيِّنة^(١١) لأجل المال ،

(١) قال ابن الصلاح : « قولُ المصنف في الفرق بين الإقرار بالزنا والإقرار بالسرقة : (حد الزنا ظاهر ، ووجوده عند الزاني مُحَقَّقٌ ، وحدُّ السرقة غيرُ ظاهر للشارق) لا يستقيم إلا بأن يُحمَلُ « الحدُّ » على الحدِّ الذي يقال فيه : حدُّ الشيء حقيقةً ، أو هو القول الجامع المانع ، أو غير ذلك . فكأنه قال : معنى الزنا ظاهرٌ ، ومعنى السرقة الموجبة - للحدِّ - غيرُ ظاهر للشارق ؛ لكثرة شروطها والاختلاف فيها ؛ فلا بُدَّ فيها من التفسير والتفصيل . فاستعمالُ المصنف (رحمه الله) « الحدُّ » بهذا المعنى - في هذا المقام - تعقيدٌ ، ونسأل الله التوفيق . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١٠٠ / أ) .

(٢) في (ب) : « لأنَّ إباحة الملك وإقراره بالملك » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يبنى » .

(٤) في الأصل : « مقبول » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « والظاهر أنها مردودة » وهو أوفق وأليق .

(٦) في (ب) : « حق » . (٧) في (أ) ، (ب) : « تُسمع » .

(٨) وفي الروضة (١٠ / ١٤٨) قال : « أشار الإمام إلى أن الظاهر عند الأصحاب أنه يحبس ؛ لما يتعلق به من حق الله تعالى » .

(٩) يعني إن قلنا : إن شهادة الحسبة لا تُسمع . (١٠) يعني الشهادة .

والظاهر أنه لا تُعاد لأجل القطع ^(١) .

الثاني : دعوى السارقِ الملك تدفع عنه القطع إذا لم تكن بينة ^(٢) ، فإن قامت البينة نُظِر ، فإن لم يكن في دعواه تكذيب الشهادة ^(٣) اندفع أيضًا كما إذا شهدوا على أنه سرق من حرزه متاعًا ، أو شهدوا على أنه سرق ملكه . ولكن قال السارق : كان قد وهب مني في السر ^(٤) ، والشاهدُ اعتمد ^(٥) على الظاهر ^(٥) .

فأما إن قال : كان ملكي أصلًا ^(٦) وغصبته ، فهذا تكذيبٌ للبينه ، ففي سقوط القطع هاهنا ترددٌ ، ويحتمل أن يُتَنى على أن المدعى عليه - بعد قيام البينة عليه - لو قال : المدعي ^(٧) يعلم - سرًا - أنه ملكي ، وإنما الشاهدُ اعتمد ظاهرَ اليد ، فهل له تحليفُ المدعي ؟ ، فيه خلاف . فإن قلنا : له ذلك ، فهاهنا يرجع وجوبُ القطع إلى يمين المالك ، وهو بعيد ، فلا يبعد إسقاطه .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه على قولنا : لا تُسمع شهادة الحسبة على السرقة : (أنها لا تُعاد لأجل القطع) قلت : هذا يستقيم بأن لا نُطلق القول بأن شهادة الحسبة لا تُسمع على السرقة ، بل نقول : لا تُسمع بالنسبة إلى المال ، وتُسمع بالنسبة إلى القطع ، ويكون هذا وجهًا آخر ثالثًا ، والله أعلم . » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٠ / أ) .

(٢) يعني إذا لم يشهد عليه شاهدان بالسرقة . (٣) في (أ) ، (ب) : « الشاهد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في السر » . (٥) في (أ) ، (ب) : « اعتمد الظاهر » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (كان ملكي أصلًا) أي : لم ينتقل إلي منه ، بل كان من الأصل ملكي ، والله أعلم . » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٠ / ب) .

(٧) كلمة (المدعي) مبتدأ ، وليست فاعلاً للفعل (قال) .

النظر / الثالث من الكتاب

في بيان الواجب

وهو : الغرم ، والقطع ، والحسم ، والتعليق .

أما رد العين فواجب بالاتفاق مع القطع . فإن تلف ، وجب الغرم عندنا مع القطع ^(١) .
وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : القطع والغرم لا يجتمعان ^(٢) .

(١) قال الحموي : « قوله فيه : (النظر الثاني : في بيان الواجب ، وهو : الغرم ، والقطع ، والحسم ، والتعليق .
أما رد العين فواجب بالاتفاق مع القطع ، وأن تلفت وجب الغرم عندنا مع القطع) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه عدّ التعليق من الواجبات ، وصرّح بعده باستحبابه فقال : (وأما التعليق : وهو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام ؛ تنكيلاً ، وقد ورد به خبرٌ ولم يصح ، ثم هو استحباب بالوجوب) . الثاني : أنه اختار وجوب الحسم ولا يعلم على من أوجبه ، ثم قال بعده : إنه إلى اختياره : (وأما الحسم فهو غمس محلّ القطع في الزيت المغلي ، والصحيح : أن ذلك واجب ؛ نظرًا للسارق ؛ فلا يسري ، وهو إلى اختياره وعليه مؤنثه) ولا شك بأنه مداواته ، وفي وجوب المداواة خلاف . وفي هذا الكلام ضَبْطٌ ظاهر كما لا يخفى .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ومراده بالاستحباب : أن تُعْلَقَ يده في رقبته دون التعليق ؛ فإنه واجب وإن لم تعلق يده في رقبته ، وبه خرج الجواب .

وطريق الجواب عن الإشكال الثاني أن يقال : مراده بقوله : (الصحيح أن ذلك واجب) على المقطوع ؛ نظرًا له ؛ لكونه ليس من الحد ، فيجب عليه الحسم وعليه المؤنة والمداواة ، فإن خالف ولم يفعل كان محرّمًا عليه تركه ، ومعنى قوله بعده ما لم يذكره هو : (وفيه وجه : أنه زيادةٌ عقوبة حقًا لله تعالى ، ولم يزل الأئمة يفعلون ذلك) وإذا كان كذلك فهم من هذا شيان : أحدهما : أنه لا يجب على السارق الحسم ؛ لكونه زيادةٌ عقوبة لحقّ الله تعالى ، ولهذا قال : (ولم يزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهيته) .

قلت : إن المؤنة لا تجب على المقطوع بل تؤخذ من بيت المال ، وكذلك تجب أجره المداواة من بيت المال أيضًا ، لأنه يُعَدُّ للمصالح « إشكالات الوسيط (ق ١٧٧ / ب - ١٧٨ / ب) .

(٢) اتفق الأئمة على أن العين المسروقة إذا كانت قائمة رُدّت إلى صاحبها ، وقُطِعَ السارق . أما إذا تلفت ، فمذهب الشافعية أن السارق يضمن بدله من مثل أو قيمة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وقول زفر من الحنفية . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٤) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٦٦) . =

ثم الواجب ، القطع من الكوع . وقال [بعض] ^(١) أهل الظاهر : من المنكب .

ثم الواجب أولاً قطع اليمين . وفي الكرة الثانية قطع الرجل اليسرى حذراً ^(٢) من استيعاب جنس البطش أو المشي أو استيعاب أحد الجانبين ، فيتعذر المشي ^(٣) وفي الثالثة تقطع اليد ^(٤) اليسرى ، وفي الرابعة رجله اليمنى . واقتصر أبو حنيفة (رحمه الله) في الثالثة على التعزير ^(٥) . وقد ورد الخبر بما ذكرناه ، وورد في بعض الروايات : « فإن عاد خامسة ^(٦) فاقتلوه » ^(٧) ، وقيل : هو قول قديم للشافعي (رضي الله عنه) لكن ^(٨) هذه الزيادة شاذة ^(٩) .

= حلية العلماء (٧٧ / ٨) . ترشيح المستفيدين ص (٣٨٥) . المقنع ص (٣٠٤) . المبدع (١٤٤ / ٩) .
الإصاف في معرفة الراجح في الخلاف للمرادوي (٢٨٩ / ١٠) .

ومذهب الحنفية : أن السارق لا يضمن ما سرقه إن تلف ، وقال زفر : يضمن . وفترق الإمام بين السارق الغني والسارق الفقير ، فالغني يضمن ، والفقير لا يضمن . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٩) .
المبسوط (١٥٦ / ٩) . فتح القدير (٤١٤ / ٥) . اللباب (٢١٠ / ٣) . القوانين الفقهية ص (٣٦٥) . المنتقى (٧ / ١٧٧) . تنوير الحوالك (١٧٥ / ٢) . الحاشية على الشرح الكبير (٣٤٧ / ٤) . بداية المجتهد (٥٥٣ / ٢) .
(١) زيادة هامة من (أ) ، (ب) . وقول ابن حزم في المحلى (٣٥٧ / ١١) موافق لما ذكره الإمام الغزالي من أن القطع من الكوع وليس من المنكب كما قاله بعض الظاهرية .

(٢) في (أ) ، (ب) : « حذراً » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (حذراً من استيعاب جنس البطش) يعني لو قطعنا اليدين في المرتين ، ومن استيعاب جنس المشي لو قطعنا الرجلين في المرتين ، واستيعاب أحد الجانبين هو بأن يُقطع في الكرتين اليد والرجل اليمنيين ، أو اليد والرجل اليسارين ، وفيه تعذر المشي عليه ؛ لأنه لا يتهيأ له أن يتكئ في المشي على عصا بخلاف ما إذا كان القطع من خلاف ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٠٠ / ب ، ١١١ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يده » .

(٥) انظر قوله (رحمه الله) في رد المحتار (١٠٤ / ٤) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خامساً » .

(٧) انظر سنن أبي داود (٥٦٥ / ٤) حديث (٤٤١٠) . والحديث في إسناده مقال .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إلا أن » .

(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر أن رواية القتل في المرة الخامسة رواية شاذة ، وهو كما قال وقد قال النسائي : هذا حديث منكر » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١١ / أ) .

وأما الحسم ، فهو غَمَسُ محلّ القطع في الزيت المغلي لتَسْدَ أفواه العروق . والصحيح أن ذلك واجبٌ نظرًا للسارق كيلا يَشْرِي ^(١) ، وهو إلى اختياره ، وعليه مؤنثه ^(٢) . وفيه وجه : أنه زيادةٌ عقوبةً حقًا لله تعالى ، إذ لم تنزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهية ^(٣) السارق .

وأما التعليق ، فهو أن تعلق يده في رقبته ، وتترك ثلاثة أيام للتنكيل ، وقد ورد به خبرٌ ولم يُصَحَّح ^(٤) . ثم هو استحبابٌ - إن صحَّ التنكيل - إن رآه الإمام .

(١) أي كي لا يشري أثر القطع إلى نفسه بالإهلاك .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الحسم : (الصحيح أنه واجبٌ نظرًا للسارق ، وهو إلى اختياره وعليه مؤنثه) إضافةً للوجوب فيه تثبت مع أنه إلى اختياره وعليه مؤنثه - فيه تناقضٌ وتناقضٌ ، وكان ينبغي أن يُعْتَبَر عنه بأنه حقٌّ للسارق ، ويقتصر عليه كما فعله شيخه ، أو يُطلق القول بأن مؤنثه في بيت المال ، كما فعله غيره . ولا يقال : سَمَاهُ واجبًا بمعنى أنه لا يجوز للإمام منعه السارق منه إذا أَرَادَهُ . ثم لا يُسَمَّى ذلك واجبًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١١ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كراهية » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما التعليق ، فهو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام للتنكيل ، وقد ورد به خبر) هذا فيه تغليظٌ فاحش ، فإنه لا يفهم منه إلا أن ثلاثة أيام مما ورد به الخبر ، وليس كذلك ، وإنما ورد الخبر بأصل التعليق ، ثم رأى بعض أصحابنا أنه تبقى ثلاثة أيام ، وبعضهم ساعةً ، والمقطوع به في « المهذب » و « التهذيب » ساعة .

والخبر هو حديث فضالة بن عبيد أنه رأى النبي ﷺ قطع سارقًا ، ثم أمر يده فغَلَّقَتْ في عنقه . أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه القزويني في كتبهم ، وقال فيه الترمذي : إنه حديث حسن غريب وذكر النسائي أن الحجاج بن أرطاة ضعيف عند أهل الحديث والله أعلم . المشكل (ج ٢ ق ١١١ / أ ، ب) .

قلت : رواه أبو داود (٤ / ٥٦٧) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢١) باب في « تعليق يد السارق في عنقه » حديث (٤٤١١) . والنسائي (٨ / ٩٢) كتاب « قطع السارق » باب « تعليق يد السارق في عنقه » وابن ماجه (٢ / ٨٦٣) (٢٠) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « تعليق اليد في العنق » حديث (٢٥٨٧) جميعًا من طريق عن الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن عبد الرحمن بن محيريز به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (٢٠٥) .

فروع أربعة

الأول : من سقطت يده اليمنى بأفة سماوية ، فإذا سرق ، قطعنا رجله اليسرى . ولو سرق أولاً ، ثم سقطت يده ، سقط القطع ؛ لأنه تعين الاستحقاق ، وقيل : إنه يعدل إلى الرجل اليسرى . وهو غلط .

الثاني : لو بادر الجلاذ وقطع اليسرى ، فإن قَصَدَ فعله القصاص ، وقَطَعَ اليمين باقٍ . وإن دُهِشَ وَغَلَطَ ، فقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في الأم على سقوط القطع . ونُقِلَ أيضًا أنَّ الدية تجب باليسرى ^(١) ، ثم يقطع يمينه ، فتحصلنا على قولين ^(٢) .

وقال أبو إسحق المروزي : لو سقطت يُسْرَاهُ بأفة سماوية قَبْلَ قطع اليمين ^(٣) فلا يعد أن يجعل كغلط الجلاذ ، وهو بعيد .

الثالث : لو كانت ^(٤) على يده أصبع زائدة ، قطعنا اليد ولا تُبالي ، ولو كان ناقصًا اكتفينا بالموجود ولو وجدنا أصبعًا واحدة . فإن لم نجد إلا الكف ، فالظاهر الاكتفاء به تنكيلًا بقطع المعصم ، وفيه وجه : أنه يعدل إلى الرجل اليسرى إذا لم يَتَّقَ من آلة البطش شيء . واليد عبارة عنها . وأما اليد الشلاء فيكتفى بها إلا إذا خيف الهلاك ؛ لنزف الدم ، فيعدل إلى الرجل . الرابع : ^(٥) لو كان للمعصم كَفَانٌ ^(٥) قطعنا الأصلية وتركنا الزائدة إن أمكن ، وإلا قطعناها . وإن كانتا متساويتين ولا تَبَيَّنُ الأصلية ، قال الأصحاب : نَقُطعهما جميعًا لتتقن استيفاء الأصلية ، ولا تُبالي بالزيادة .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « في اليسرى » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الجلاذ : (وإن دهش وغلط) هذا بخلاف ما سبق منه في القصاص ، فإنه ذكر هناك أن دعوى الدهشة لا تقبل من القاطع ؛ لأنها لا تليق بحاله مع إتيانه بقطع منتظم . وهذا أقوى وأصح من ذاك ؛ فإن القاطع قد يدهش لطول القطع ، ثم قد يدهش عن صفة المقطوع وإن لم يدهش عن صفة القطع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١١ / ب) .

(٣) في (ب) : « اليمين » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو كان » . (٥) في (أ) ، (ب) : « لو كان على المعصم كَفَانٍ » .

الجناية السادسة

قطع الطريق

والنظر في صفة قطاع الطريق ، وفي عقوبتهم ، وفي حكم العفو ^(١) .

النظر الأول

في صفتهم

والأصل فيهم قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ الآية ^(٢) . فذكر رسول الله ﷺ تفسيره فقال : « أَنْ يُقْتَلُوا [إذا قتلوا] » ^(٣) أو يُضْلَبُوا إذا قتلوا وأخذوا الأموال ^(٤) ، أو تُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم إذا أخذوا [المال] ^(٥) ، أو يُلْحَقَ الطَّلَبُ بهم إذا هربوا لِيُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ » ^(٦) .

وقال داود : يُجَمَّع بين هذه العقوبات ؛ لظاهر الآية ^(٧) . وقال مالك (رحمه الله) : الشاب ^(٨) يُقَطَّع ، والشيخ ذو الهرم يُقْتَل ، وَمَنْ لَيْسَ لَهُ نَجْدَةُ الشَّبَابِ وَلَا رَأْيُ الشُّيُوخِ يُنْفَى ^(٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وفي حكم العقوبة » . (٢) من الآية (٣٣) من سورة (المائدة) .

(٣) زيادة هامة من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « وأخذوا المال » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (فذكر رسول الله ﷺ تفسيره ، فقال : « أَنْ يُقْتَلُوا إذا قتلوا ، أو يُضْلَبُوا ... » إلى آخره) هذا غلط ، إنما هو تفسير ابن عباس ، وعنه رواه الشافعي ، وكذلك ذكره شيخه والحافظ البيهقي . وتفسير ابن عباس (رضي الله عنه) أرجح من تفسير غيره ؛ لأنه ترجمان القرآن ، والمعنى يَفْضُده . و« أو » هاهنا للتقسيم والتنويع ، لا للشك ولا للتخيير والإباحة ، كما يقال : حد الزاني : الجلد أو الرجم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١١ / ب وما بعدها) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بظاهر الآية » . (٨) في (ب) : « الشاب » .

(٩) انظر تفصيل المذاهب في هذه المسألة في المصادر التالية :

في مذهب الحنفية : مختصر الطحاوي ص (٢٧٦) . المبسوط (٩ / ١٩٥) . الهداية (٢ / ٤٢٣) ،

(١) ثم يعتبر عندنا فيهم صفتان (١): النجدة (٢)، والبُعْدُ عن مَحَلِّ الْعَوْتُ (٣).

أما النجدة: فَلَا تُهْلُكُ إِنْ لَمْ يَكُنْ [لَهُمْ] (٤) شَوْكَةٌ، بَلْ (٥) كَانَ اعْتِمَادُهُمْ عَلَى الْإِخْتِلَاسِ وَالْهَرَبِ، فَلَا يَجِبُ بِهِ إِلَّا التَّعْزِيرُ. ثُمَّ لَا يَشْتَرُطُ (٦) لِلنَّجْدَةِ الذِّكُورَةُ (٧) وَلَا السَّلَاحُ وَلَا الْعَدَدُ، بَلْ لَوْ اجْتَمَعَ نِسْوَةٌ وَكَانَتْ (٨) لَهُنَّ شَوْكَةٌ فَهُنَّ قُطَاعٌ [الطَّرِيقِ] (٩). وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ (رَحِمَهُ اللَّهُ): لَوْ كَانَ فِي جَمِيعِ الْقُطَاعِ امْرَأَةٌ سَقَطَ الْحَدُّ (١٠).

= (٤٢٤). الاختيار (١١٤/٤). تبين الحقائق (٢٣٦/٣). رد المحتار (١١٤/٤، ١١٥). وفي مذهب المالكية: الكافي ص (٥٨٣). القوانين الفقهية ص (٣٦٨). المنتقى شرح موطأ مالك للباي (١٧١/٧). الشرح الكبير (٣٤٩/٤). وفي مذهب الشافعية: الأم (١٥٢/٦). مختصر المزني ص (٢٦٥). منهاج الطالبين ص (١٣٤). نهاية المحتاج (٨/٧). حلية العلماء (٨/٨). وفي مذهب الحنابلة: المقنع ص (٣٠٥). زاد المستقنع ص (١٣١). دليل الطالب ص (٢٥٩). الإنصاف (١٠/٢٦٩-٢٩٢). المغني لابن قدامة (٨/٢٨٨، ٢٨٩). وفي مذهب الظاهرية: المحلى لابن حزم (١١/٣١٧).

(١) في (أ)، (ب): «ثم عندنا يعتبر فيهم صفات».

(٢) ويقصد بها الشوكة من السلاح والعتاد والعدد وغير ذلك.

(٣) يعني كالصحاري وأطراف البلاد، وما يُقَلُّ فيه النجدة. وزاد في الروضة (١٥٤/١٠) في شروطهم أن يكونوا مسلمين مكلفين.

(٤) زيادة من (أ)، (ب). (٥) كلمة: بل ساقطة من (أ)، (ب).

(٦) في (أ)، (ب): «ولا يشترط». (٧) في (أ)، (ب): «الذكور».

(٨) في (أ)، (ب): «وكان». (٩) زيادة من (أ)، (ب).

(١٠) مذهب الشافعية: أن حكم المحاربة يثبت للنساء إذا قَطَعْنَ الطريقَ، أو اشتركت امرأة أو أكثر مع جماعة من الرجال. وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا. انظر: روضة الطالبين (١٠/١٥٥). نهاية المحتاج (٨/٤). حلية العلماء (٨/٨٧). الكافي ص (٥٨٣). المنتقى (٧/١٦٩). دليل الطالب ص (٢٥٩). المغني (٨/٢٩٨).

ومذهب أبي حنيفة: أنه لا يثبت لها حكم المحارب، وإذا اشتركت مع رجال سقط عنهم أيضًا؛ لأنها ليست من أهل المحاربة كالرجل، فأشبهت الصبي والمجنون. واختار الطحاوي وغيره إقامة الحد عليها. انظر: مختصر الطحاوي ص (٢٧٧). المبسوط (٩/١٩٧، ١٩٨). رد المحتار (٤/١١٧). حاشية =

والضرب واللطم كإشهار^(١) السلاح بالاتفاق .

والواحد إذا قَاوَمَ واحدًا - أو جَمْعًا - بفضل قوة ، فهو قاطع طريق . ولا نقول : إن المسافر الواحد مُضَيِّعٌ لماله^(٢) ، بل ماله محفوظٌ به إلا أن يُقصد ، فمن قَصده ، فهو قاطع .

وقال الإمام : ينبغي أن يُرَدَّ ذلك إلى العادة ، فحيث يُعدُّ الواحد مُفَرِّطًا فلا يجب على سالب ماله إلا التعزير .

فرع : لو هجم على الرفاق قومٌ تستقلُّ / الرفقة بدفعهم من غير ضرر يَبِيْن ، فاستسلموا فهم ١/٢٥٧ المَضِيْعُونَ وليسوا قُطَاعًا ؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم ، بل بتسليم الملاك [إليهم]^(٣) . وإن علموا أنهم لا يقاومون ، فهربوا منهم ، فهم قُطَاع ، وكذلك إذا كان الأمر في قوة الجانبين كالتقاوم إذا تقاتلوا ، وانكفَّ الفريقان من غير ظفر ، فالظاهر أنهم قُطَاع إن جرى قتلٌ وسَلَبٌ ؛ لأن الشوكة قد تحققت^(٤) .

= الشلبي على تبين الحقائق (٣ / ٢٣٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « كشهر » .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (ولا نقول : إن المسافر الواحد مُضَيِّعٌ لماله ، بل ماله محفوظٌ به إلا أن يُقصد) هذا عبارة عن كونه محررًا من الأصل ، وقد سبق من المصنف في باب « السرقة » في مثله أنه لا يكون محررًا ؛ لأنه ضائع مع ماله . ويُمكن الفرقُ بينهما بأن هذا سائر غير ماكب في مكان يتمكن القاصد من قَصْده فيه ، بل جهل مكانه ، ويفوت مَنْ يقصده إلا أن يُصادف مصادفة ، أو يُزْصَد بمشقة ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال الحموي : « قوله في قطاع الطريق : (فرع : لو هجم على الرفاق قومٌ تستقلُّ الرُّقَّة بدفعهم من غير ضرر بين فاستسلموا ، فهم المَضِيْعُونَ وليسوا قُطَاعًا ؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم بل بتسليم الملاك ، وإن علموا أنهم لا يقاومون فهربوا فهم قُطَاع ، وكذلك إذا كان الأمر في قوة الجانبين كالتقاوم ، وإذا تقاتلوا أو أتلف الفريقان من غير ظفر فالظاهر أنهم قطاع إن جرى قتلٌ وأُخذ سَلَبٌ ؛ لأن الشوكة قد تحققت) . قلت : ذهب بعض العلماء من المتأخرين وقال : لا حاجة إلى قوله : (إن جرى قتلٌ أو سلب) بل تكفي مَظَنَّتُهُمَا ، وتحمي كل فرقة نفسها بقوتها وتكون العادية قُطَاعًا .

قلت : أمكن أن يقال : إنما اشترطوا السلب ؛ حتى يُعْلَمَ أنهم قطاع مع المساواة ، أما لو كانت لهم قوةٌ وغُلبوا كانوا قطاعًا قولًا واحدًا ، وإن كانوا مقهورين في أول قتالهم فليسوا بقطاع ، وبه خرج الجواب » .

إشكالات الوسيط (ق ١٧٨ / ب) .

وأما الصفة الثانية : فهو بُعْدُهم عن محلِّ الغوث . أما ما يَجْرِي من الأخذ على أطراف العمران ، فيعتمد فيه الهربُ والاختلاسُ دون الشوكة ، إلا إذا فُتِرَتْ قوَّةُ السلطان وثار ذوو العرامة ^(١) في البلاد ، فهم قطاعٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) وإن كانوا في البلاد . أما إذا دخلوا في وقت قوة السلطان دارًا بالليل مع المشاعل مكابرين ^(٢) ، وَمَنَعُوا أَهْلَ الدار من الاستغاثة ^(٣) ، وانصرفوا وهم مُتَثَمِّمون ^(٤) ، ففيهم وجهان :

أحدهما : أنهم قطاع ، وتُزَلُّ مَنَعُهُم من الاستغاثة كبُعْدِهِم عن محل الغوث ^(٥) .
والثاني : أنهم سُرَّاقٌ ؛ فَإِن الطَّلَب يُلْحَقُهُم على القرب ، وإنما اعتمدادهم على التواري والاختفاء .

ولم يذهب أحدٌ إلى أنهم مُختلسون ^(٦) مع أنهم لم يأخذوه في خُفْيَةٍ واختزال .
فإِذْنٌ قد حَصَلَ أَنَّ قطاعَ الطريق مَنْ يَغْتَمِد على الشوكة في الحال مع بُعْدِ الغوث ، لا على الاختلاس والهرب في الوقت .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وَثَارَ ذَوُو العرامة) تصحَّف في بعض النسخ « بارزوا » وإنما هو (ثَارَ) من « الثوران » بالثاء المثلثة . و « العرامة » . بالعين المهملة ، وهي التمرد والعصيان ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٢) في (ب) : « متكاثرين » . (٣) في (ب) : « الاستعانة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهم متثمنون) ليس بشرط فيه ، كما أن المشاعل ليست بشرط ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٥٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم يذهب أحدٌ إلى أنهم مختلسون) هذا ، فيه ضربٌ مجازفة ، وقد قال فيه شيخه : (ولا يبعد عندنا أن يكونوا مختلسين) والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / أ) .

النظر الثاني

في العقوبة الواجبة

وَيَمْتَرِجُ بِهِ النَّظْرُ فِي جَرَائِمِهِمْ ، وَلَهُمْ فِي الْجَرَائِمِ أَحْوَالٌ :

الأولى : أن يقتصر على أخذ ربع دينارٍ فصاعداً ، فَيُقْتَطِعَ يَدُهُ اليمنى ورجله اليسرى ، سواء كان الربع ملكاً لواحد أو لجماعة الرفقة ، وكذلك في السرقة لا يفرق بين الخالص والمشارك في النِّصَابِ مهما كان الحرزُ واحداً . وقال ابن خيران : لا يُشْتَرَطُ النِّصَابُ .

الثانية : أن يقتصر على القتل المجرد ، فَيُقْتَلُ ، وليس فيه زيادةٌ تغليظُ إلا كون القتل محتوماً كما سيأتي (١) .

الثالثة : أن يقتصر على الإرعاب وتكثير الشوكة ، وكان (٢) رِذْءاً للقوم ، فعليه تعزيرٌ (٣) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هو شريك (٤) .

الرابعة : أن يجمع بين الأخذ والقتل (٥) ، فالمذهب المشهور : أنه يُضْلَبُ وَيُقْتَلُ وَلَا يُقْطَعُ ، ويكون الصلبُ زيادةً تنكيلٍ وتغليظٍ ؛ لأجل الجمع . وقال أبو الطيب بن سلمة : تُقْطَعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ ؛ لِأَخْذِهِ ، وَيُقْتَلُ ؛ لِقَتْلِهِ ، وَيُضْلَبُ ؛ لِجَمْعِهِ بَيْنَهُمَا . وذكر صاحب

(١) يعني أن سبيله ليس سبيل القصاص فيمكن العفو عنه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كان » . (٣) في (أ) ، (ب) : « فعليه التعزير » .

(٤) مذهب الشافعية : أن من كان معاوناً للمحاربين ، بأن كان طليعة لهم ، أو رِذْءاً ينحازون إليه ، أو يمدّهم بما يحتاجون إليه في إفسادهم ، فعليه التعزير فقط ، ولا يكون محارباً . انظر : الأم (٦ / ١٥٢) . منهج الطالبين ص (١٣٤) . الروضة (١٠ / ١٥٧) . نهاية المحتاج (٧ / ٨) . حلية العلماء (٨ / ٨١) .

ومذهب الحنفية : أن حكم الرِذْءِ حكمُ المحارب ، فإن باشر القتل أخذ المحاربين ، جرى الحدُّ على جميعهم بما فيهم الردء . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . انظر : الهداية (٢ / ٤٢٤) . القوانين الفقهية ص (٣٦٧) . المنتقى شرح موطأ مالك (٧ / ١٧١) . المنقح ص (٣٠٥) . الإنصاف (١٠ / ٢٩٨) . المغني (٨ / ٢٩٧) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بين القتل والأخذ » .

« التكريب » وجهًا : أنه إن ^(١) أخذ نصائبًا وقَتَلَ : قُطِعَ وقُتِلَ ولم يُصَلَب ، وإن أخذ أقل منه : قُتِلَ وصُلِبَ [ولم يقطع] ^(٢) ويكون الصلب ؛ لأجل الأخذ . والمذهب هو الأول . وقال أبو حنيفة : الإمام بالخيار : إن أحب قَتَلَ وصلب ولم يقطع ، وإن أحب قُطِعَ وقَتَلَ ولم يُصَلَب ^(٣) . ثم إذا جَمَعْنَا بين القتل والصلب ، فالمذهب : أنه يُقَتَّل على الأرض ، ثم يُصَلَب مقتولًا . وفيه وجه : أنه يُقَتَّل مصلوبًا إما بأن يُترك حتى يموت جوعًا على وجهه ، أو يُقَصَّد مَقَتْلُهُ بحديدة مُدْفَعة على وجهه ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ^(٤) .

ثم كم يُترك على الصليب ^(٥) ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه يترك ثلاثة أيام ^(٦) .

^(٧) وعلى هذا ، إن كان يتعرض للتهرى قبله ، فهل يُترك ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا يترك ثلاثة أيام ^(٨) لأن التنكيل قد حصل ، فيَصَان عن التفث والنن ^(٩) .

والقول الثاني : أنه يترك حتى يتهرى ويسيل وَدُكُهُ ؛ لأن الصليب اسم الودك ، ومنه اشتق اسم الصليب ^(٩) .

(١) في (ب) : « أنه إذا » . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) انظر الهداية (٤٣٢ / ٢) غ. المبسوط (١٩٥ / ٩) . تبين الحقائق (٢٣٥ / ٣) . رد المحتار (١١٥ / ٤) .

(٤) انظر مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في : الهداية (٤٢٤ / ٢) . المبسوط (١٩٦ / ٩) . تبين الحقائق (٢٣٧ / ٣) . رد المحتار (١١٥ / ٤) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كم يُترك على الصليب) الصليب بالياء ، على مثال « مريض » والمراد به هاهنا الخشبة وهو في الأصل اسم للدهن السائل من عظام المصلوب ، فَسُمِّيَت الخشبة باسمه مجازًا ؛ لِسَيْلَانِهِ عليها ، وهذا معنى قوله : (ومنه اشتق الصليب . وهو الخشبة) والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٦) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (١٥٧ / ١٠) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٥٧ / ١٠) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (اشتق) لم يُرَدِّ به الاشتقاق الاصطلاحي عند أهل العربية والتصريف ، وإنما أراد معناه لغةً ، وهو الانتراغ والأخذ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / ب) .

والصحيح أنه يقتل أولاً وَيَغْتَسِلُ وَيُصَلِّيُ عليه، ثم يُصَلَّب. ولا سبيل إلى ترك الصلاة بكل حال، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ^(١). ويتعذر على قول ^(٢) مَنْ يقتله بعد الصليب، ثم يترك ^(٣) حتى يتهرى ^(٤). نعم، وإن قلنا: يقتل بعد الصليب ولكن يُنْزَلُ بعد ثلاث، فيمكن أن يُسَلَّمَ إلى أهله ^(٥) للغسل والصلاة بعد الاسترسال ^(٦).

فأما عقوبة النَّفْيِ، فالصحيح: أنها غير مقصودة، بل إن وُجِدُوا أُقِيمَ الحُدُّ والتعزير، وإلا لحق بهم طلب أعوان السلطان حتى يتشردوا في البلاد ويتنفوا ^(٧) من تلك الأرض. ومنهم من قال: هي عقوبة مقصودة في حق مَنْ اقتصر على الإرعاب. ثم منهم من قال: يُنْفِيهُم الإمام إلى بلد معين ويعزّزهم بها ^(٨)، إما ضرباً أو حبساً. ومنهم من قال: له أن يقتصر على النَّفْيِ ^(٩).

(١) مذهب الشافعية: أن من قُتِلَ في المحاربة حُداً، يُغَسَّلُ، وَيُصَلِّيُ عليه، وهو مذهب المالكية والحنابلة. انظر: نهاية المحتاج (٨/٦). فتح الوهاب (١٦٤/٢). ترشيح المستفيدين ص (٣٨٦). حلية العلماء (٨٤/٨). المنتقى (١٧٢/٧). المبدع (١٤٨/٩).

ومذهب أبي حنيفة: أنه لا يُصَلِّيُ على قاطع طريق؛ إهانة له. انظر: حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٢٣٧/٣).

(٢) في (أ)، (ب): «مذهب». (٣) في (ب): «يتركه».

(٤) قال ابن الصلاح: «ما ذكره من تعذر الصلاة عليه على مذهب مَنْ يقتله بعد الصليب، ثم يترك حتى يتهرى. وجهه: أن شرط الصلاة على الميت تقديم الغسل أو التيمم، ولهذا لم يُصَلَّ على الشهيد، والغسل والتيمم يتعذران بعد التهرى؛ لأن التيمم لا يكون إلا في الوجه واليدين، والله أعلم». مشكل (ج٢ ق ١١٢/ب).

(٥) في (أ): «لغسل والصلاة بعد الإنزال». (٦) في (أ)، (ب): «وينفوا».

(٧) قال ابن الصلاح: «قوله: (ومنهم من قال: يُنْفِيهُم الإمام إلى بلد معين) هذا فيه إثبات نفْي غير النفي المذكور في الوجه الذي قبله؛ فإن ذاك النَّفْيُ تشريدي في البلاد، والله أعلم». مشكل الوسيط (ج٢ ق ١١٢/ب).

(٨) قال ابن الصلاح: «قوله: (ومنهم من قال: له الاقتصار على النفي) يعني من غير ضرب ولا حبس، وهذا ظاهر الآية؛ فإنها اقتصر على النفي، والله أعلم». مشكل الوسيط (ج٢ ق ١١٢/ب).

النظر الثالث في حكم العقوبة

وله حكمان :

الأول : أن التوبة قبل الظفر مؤثر فيها ^(١) ؛ لنص القرآن العظيم ^(٢) ، فيسقط بها تحتمل القتل دون أصله على الظاهر ، ويسقط به ^(٣) الصلب وقطع الرجل . أما قطع اليد هل يسقط إذا كان المأخوذ نصاباً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كأصل القتل ، وإنما الذي يسقط خاصية ^(٤) قطع الطريق .

والثاني : - وهو الأصح - أنه يسقط ؛ لأن هذا يخالف صورة السرقة ، واليد والرجل كعضوي واحد هاهنا ، وكذلك إن وجدنا / رجله اليسرى ^(٥) دون يده اليمنى ، اكتفينا به ولم ٢٥٧/ب تقطع يده اليسرى ^(٥) ، ومهما عاد ثانياً قطعنا اليد اليسرى والرجل اليمنى .

أما التوبة بعد الظفر ، ففيه قولان يجريان في جميع حدود الله تعالى :

أحدهما : [أنه] ^(٦) لا يؤثر ؛ لأن القرآن ^(٧) خصص ما قبل التوبة ^(٧) .

والثاني : أنه يسقط ؛ لأنه إن خصص هاهنا ، فقد أطلق في آية السرقة ، فقال تعالى : ﴿ فَنَ

(١) يعني في العقوبة .

(٢) وذلك في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٤] .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بها » والضمير يعود على التوبة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « خاصة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « دون اليد اليمنى ، اكتفينا بها ، ولم تقطع اليد اليسرى » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « خصص قبل التوبة بما قبل الظفر » .

تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ ﴿١﴾ . وقال القاضي : قرنت (٢) التوبة هاهنا بالإصلاح ، فيدل (٣) على أن التوبة بعد الظفر لا تؤثر ، إلا بعد الاستبراء وصلاح الحال (٤) ؛ إذ يمكن أن يكون للهبة .

وعلى الجملة فمن ظهر تقواه وحسنت حاله (٥) ، امتنع مؤاخذته بما جرى له في الجاهلية (٦) . أما إذا أنشأ التوبة حيث أخذ لإقامة الحدّ ، فهو مُتَّهِمٌ ، والتوقف إلى استبرائه : مُشْكِلٌ إن حُبِسَ ، وإن خُلِّيَ فكيف نتبع أحواله !؟ (٧) .

الحكم الثاني : أن هذا القتل (٨) ، قد ازدحم عليه حقّ الله تعالى ، ولأجله تحتم [وإن عفا وليّ القتل] (٩) عن حقّ القتل ؛ فإنه معصومٌ . ولا شكّ في أنه إذا جرح خطأ أو شبه العمد (١٠) ، فلا يُقتل (١١) .

(١) من الآية (٣٩) من سورة (المائدة) . (٢) في (أ) ، (ب) : « قرن » .

(٣) في (ب) : « يدل » . (٤) في (أ) ، (ب) : « وإصلاح الحال » .

(٥) في (ب) : « وحسنت حاله » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم ظهر تقواه وحسنت حاله) ، امتنع مؤاخذته بما جرى له في الجاهلية (هذه الجاهلية يتعيّن حملها على جاهلية الجاهل العاصي المسلم ، لا على جاهلية الكافر ، فإن تلك لا يُعتبر في ثبوتها ما ذكره من ظهور التقوى وحسّن الحال ، بل مجرد إظهار الإسلام - وإن كان تحت ظلال السيوف - يُشَقِّطُ المؤاخذة بما قبله ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٢ / ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فكيف نتبع أحواله) ليس استبعاداً لإمكان التتبع ، بل استبعاداً لشرعية التتبع ؛ لما فيه من التجسس ، واتباع العثرات . وهذا قدحٌ فيما قاله القاضي ، وقول القاضي هذا ، مخالفٌ لقول غيره من الأصحاب . قال الإمام أبو المعالي : الأصحاب مُجْمِعُونَ على أنّا إذا حكمنا بأن التوبة تُشَقِّطُ الحدودَ ، فمجرد إظهارها كافٍ ، وهو بمثابة إظهار الإسلام تحت ظلال السيوف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٨) يعني القتل الذي يعاقب به قاطع الطريق إذا اقترف ما يوجب .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (ب) : « أو شبه عمد » . وقوله : « جرح خطأ » لعل الصواب « قتل خطأ » .

(١١) وتكون دية القتل على عاقلة القاتل . انظر الروضة (١٠ / ١٦٠) .

وإن تمحض العمد [فقد] ^(١) تعلَّقَ به حقُّ الله تعالى [قطعًا] ^(٢) فإنه يقتل وإن عفا وليُّ القتل . ولكن هل يُثبَّت للقتيل حقٌّ مع حقِّ الله تعالى ؟ للشافعي (رضي الله عنه) فيه قولان ، وتظهر فائدته في خمس مسائل :

إحداها : لو قتل ذميًّا أو عبدًا أو أمة ^(٣) - ومن لا يُكافئُه بالجملة - فإن محضنا حقَّ الله تعالى : قُتِلَ . وإن قلنا : فيه قصاصٌ ، لم يقتل . وهكذا ^(٤) لو قتل عبْدَ نفسه . قال القاضي : يُخْرِجُ على القولين . وقَطَعَ الصيدلاني بأنه لا يقتل وإن جعلناه حدًّا ؛ لأنه مملوكه ^(٥) ، فلا يَصْلُحُ لمقاتلته ومخاصمته في القتال ^(٦) .

الثانية : إن مات القاتل وقلنا : إنه محض حدٌّ ، فلا دية للقتيل . وإن قلنا : فيه حقُّ الآدمي ، فله الدية .

الثالثة : إذا قتل جماعة اكتفي به إن جعلناه حدًّا ، وإلا قُتِلَ بواحد ، وللآخرين الدية .

الرابعة : لو عفا الوليُّ على مالٍ فلا أثر له إن جعلناه حدًّا ، وإلا فله الدية ويُقْتَل حدًّا ، وهو كمرتدٍ استوجب القصاص وغُفِيَ عنه .

الخامسة : لو تاب قبل الظفر سقط الحدُّ وبقي القصاص حتى يَسْقُطَ بعفوه إن جعلناه له حقًّا ، وإلا فَيَسْقُطُ بالكلية .

ولعل الأصحَّ الجمْعُ بين الحَقَّيْنِ ما أمكن ، فإن سقط الحدُّ بالتوبة ، أو القصاصُ بالعفو ، فيبقى الآخر خاليًّا عن الرحمة فيُسْتَوْفَى . فأما إسقاط القصاص والحد ^(٧) أو الدية ، فبعيدٌ جدًّا .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو ابنه » وهو صحيح أيضًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٥) في (أ) : « مملوك » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه مملوكه ، فلا يصلح لمقاتلته ومخاصمته في القتال) يعني فلا يكون السيد محاربًا بالنسبة إليه ، فلا يثبت عليه حكمُ المحارب بقتله ، والله أعلم » . المشكل (ج ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٧) كلمة : « الحد » ليست في (أ) ، (ب) .

فروع

الأول : إذا جرح المحارب جرحاً ساريّاً فهو كالقتل في التحتم . وإن ^(١) كان الجرح واقعاً فلا قصاص فيه - كالجائفة - فلا يُجرح ^(٢) . فإن قُطِعَ عُضْوٌ فيه قصاصٌ ، استُوفِيَ . وهل يتحتم ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : نعم كالنفس .

والثاني : لا ؛ لأن القتل عُهدٌ حدّاً ، فلذلك يتحتم بخلاف القطع ^(٣) .

والثالث : أن قُطِعَ اليدين والرجلين يتحتم إن عُهدَ حدّاً في السرقة ، بخلاف الأذن والعين وسائر الأعضاء .

الثاني : يثبت قُطْعُ الطريق بشهادة أهل الرفقة ، يشهد ^(٤) كلُّ واحد لرفيقه لالنفسه ، ولا يصرح . ولو قال : تعرّضوا لنا ولرفقائنا ^(٥) ، فسدت صبيغة الشهادة ^(٦) . وكذا ^(٧) لو قال الشاهد : قدّمني مع أمّ فلان ، فلا تُقبل شهادته .

الثالث : يُؤالَى بين قُطْعِ اليد والرجل ، بخلاف ما لو استحق يُسْرَاهُ في القصاص ، ويُثَنَاهُ في السرقة ، فإنه يُقدّم القصاص ويمهل ريشماً يندمل ؛ لأن الموالاة عظيم الضرر ^(٨) . لكن

(١) في (أ) ، (ب) : « ولو » . (٢) وإنما فيه المال فقط .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٠ / ١٦١) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في القطع : (والثاني : لا يتحتم ؛ لأن القتل عُهدٌ حدّاً ، فلذلك يتحتم بخلاف القطع) ينبغي أن يقول : (عهد حدّاً محضاً) حتى لا يرد عليه القطع في حد السرقة » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيشهد » . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولرفقائنا » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال الشاهد : تعرّضوا لنا ولرفقائنا ؛ (فسدت شهادته في الجميع) ؛ لأنه أظهر بذلك العداوة » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٧) في (ب) : « وكذلك » . (٨) في (أ) ، (ب) : « عزيمة الضرر » .

القطعين ^(١) في المحاربة عقوبةً واحدة . ولو استحق يمينه قصاصًا ، قُطعت اليمين ^(٢) في القصاص ، ويكتفى بالرجل اليسرى . وهل يُمهل ريشما يندمل ؟ ، فيه وجهان : أحدهما : يمهل ؛ لاختلاف العقوبة .

والثاني : لا ؛ لأن المولاة كانت مستحقةً ، فإن فاتت اليد فيبقى ^(٣) استحقاق المولاة ^(٤) .

ولما يُقدّم القصاصُ على حدِّ السرقة والحراب ، ولا يبنى على الخلاف في تقديم حقّ الآدمي وحقّ الله تعالى إذا اجتماعاً ؛ لأن الخلاف في الأموال التي لا يسقط عنها حقّ الله تعالى بالشبهة . وأما حدود الله تعالى فتسقط بالشبهة والرجوع عن الإقرار ، فيقدّم عليها حقّ الآدمي .

الرابع : إذا اجتمعت عقوباتٌ للآدميين ، كحدّ القذف وقطع الطريق والقتل . فإن ازدحموا على الطلب : يُجلد ، ثم يُقطع ، ثم يُقتل ، ولا يُبادر بالقطع عقيب الجلد إن كان مُستحقّ القتل غائباً : إبقاءً على روحه حتى لا يفوت القصاص . ولو كا حاضراً وقال : لا تتركوا المولاة لأجلي فإني أبادر بعد القطع وأقتل / ففيه وجهان :

١/٢٥٨

أحدهما : أنه يبادر ولا يمهل ؛ لأن النفس مُستوفاةً ، فلا معنى للتأخير لأجل المقتول ، ولا لأجل المستحقّ وقد رَضِيَ .

والثاني : [أنه] ^(٥) يُمهل ، فإنه ربما يعفو مستحقّ القتل ، فتصير النفس هدرًا بالمولاة ^(٦) .

أما إذا أّخر بعضهم حقّه : فإن كان المؤخّر مُستحقّ النفس ، قُدّم الجلد ويُمهل ثم يقطع . وإن كان المؤخّر مستحقّ الطرف ، فلا يُمكن البدار إلى القتل ، ففيه تفويتُ الطرف ، فيجب على مستحقّ النفس الصَّبْرُ . وهذا يؤدّي إلى أن يصير مستحق الطرف إلى غير نهاية ، ويندفع

(١) يعني قطع اليد والرجل . (٢) في (أ) ، (ب) : « اليمنى » .

(٣) في (ب) : « فبقى » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٣) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٧) .

القتل ، ولا صائر إلى [أن] ^(١) مستحقَّ النفسِ يُسلَّط على القتل . ويقال لصاحب الطرف :
بَادِرْ إِنْ شِئْتَ وَإِلَّا ضَاعَ حَقُّكَ . ولو قيل به لكان منقذًا ، لكنه لو بادر وقتل ^(٢) بغير إذن :
وقع الموقعَ ورجع صاحبُ الطرفِ إلى الدية .

أما إذا كان المجتمع حدود الله تعالى ، كحدِّ الشرب ، وجلد الزنا ، وقَطْع السرقة ، والقتل :
فالبداية بالأخفِّ ، وهو ترتيبٌ مستحق ، ثم يمهل إلى الاندمال حتى لا يفوت القتلُ بالموت
بالسرّاية ، فإن لم يَتَقَّ إلا القتلُ فلا إمهال .

ولو كان بَدَلُ جلدِ الزنا جلدَ القذف ، فجلدُ الشرب أخفُّ منه ، ولكن [هل] ^(٣) حق
الآدمي مقدم ^(٤) ؟ ففيه وجهان :

أحدهما : أن البداية في الشرب ^(٥) ؛ لأنه أخفُّ .

والثاني : أنه يبدأ بحدِّ القذف ؛ لأنه حقُّ الآدمي ^(٦) .

وكذا الخلاف لو كان بَدَلُ حدِّ القذف قَطْع قصاصٍ للآدمي .

ولو زنى وهو بِكَرٍّ ثم زنى وهو ثيب ، فقد اجتمع الجلدُ والرجمُ ، فالظاهر الاكتفاء
بالرجم ، واندرج الجلد تحتَه . وفيه وجه : أنه يُجلد ، ثم يرجم ؛ لأنه لا تَدَاخُل مع الاختلاف .

* * *

(١) زيادة هامة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « فَقَتْل » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « يقدم » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أن البداية بالشرب » والمقصود البداية بحد الشرب .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٥) .

الجنابة السابعة

شُرْبُ الخَمْرِ

والنظر في الموجب والواجب .

أما الموجب فنقول : يجب الجلد ^(١) على كل مُلْتَزِمٍ شَرِبَ ما أسكر جنسه مختارًا من غير ضرورة وعُذْرٍ .

أما قولنا : (ملتزم) احترزنا به عن الحرمي ، والمجنون ، والصبي ، فلا حدّ عليهم .
وقولنا (أسكر جنسه) إشارة إلى [أن] ^(٢) ما أسكر كثيره فقليله - وإن لم يُشْكِر - يوجب الحدّ ككثيره . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يَجِبُ الحدُّ بقليل الخمر وإن لم يُشْكِر ، وسائر الأشرية لا يُحدُّ فيها ^(٣) إلا في القدر المُشْكِر ^(٤) .

وقولنا : (مختارًا) احترزنا به عن المكره ، فإنه يُباح له الشربُ لدفع ضرر الإكراه فلا يحدُّ ، بخلاف الزنا فإن فيه خلافاً ، ولاخلاف أن الزنا لا يُباح بالإكراه ^(٥) .

(١) في (ب) : « الحد » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا يحدُّ بها » . (٤) سبق تفصيل هذه المسألة .

(٥) قال الحموي : « قوله : (مختارًا) احترز به عن المكره ، فإنه يباح له الشربُ لدفع ضرر الإكراه فلا يحدُّ ، بخلاف الزنا فإن فيه خلافاً ... قال : ولا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه » .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (لا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه) وقد ذكر خلافاً في إكراه الرجل على الزنا ، وإنما وقع الخلاف لبُعْدِ تصوُّره ؛ فإن الآلة لا يُتَصَوَّرُ انتشارُها غالباً لحصول الخوف ، وهذا يخالف ما ذكره أولاً .

قلت : أراد بذلك إكراه المرأة بمعنى أنها تُسَلِّمُ نفسها خوفاً من القتل ، بل تمتنع حتى تُغْلَبَ على الفعل فيكرهها عليه ، ويحتمل أن يكون مراده به أن لا يباح في حق غير المكره ، والأول أصح ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩ / أ) .

وقولنا : (من غير ضرورة) أردنا به أَنَّ مَنْ غَصَّ بِلَقْمَةٍ ^(١) ولم يجد غير الخمر ، فله ^(٢) أَنْ يُسَيِّغَهَا بها ^(٣) ، وكذلك إذا خاف الهلاك من العطش . وأما التداءي بالخمـ في علاج الأمراض فلا يجوز ؛ لِتَنْهِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عن ذلك ^(٤) ، وقوله : « إِنْ أَلَّاهُ تَعَالَى لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ » ^(٥) ، ولأنَّ الشفاء به مظنون بخلاف دَفْع العطش وإِسَاعَةِ اللقمة .

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « به » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في تحريم التداءي بالخمـ : (لِتَنْهِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عن ذلك ..) إلى آخره ، ولم نجد في ذلك إلا حديثاً رويناه عن حسان بن مَخَارِق عن أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : نَبَذْتُ نَبِيذًا فِي كَوْزٍ ، فَدَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَهُوَ يَغْلِي فَقَالَ : مَا هَذَا ؟ قُلْتُ : اشْتَكَيْتُ ابْنَةً لِي فُتِعَتْ لَهَا هَذَا ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ أَلَّاهُ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ » أخرجه البيهقي في كتاب « السنن الكبير » ولم يُخْرِجْ فِي الْكُتُبِ الْخَمْسَةِ الْمَعْتَمَدَةِ ، وَهِيَ : الصَّحِيحَانِ ، وَسَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ، وَسَنَنُ النَّسَائِيِّ ، وَجَامِعُ التِّرْمِذِيِّ ، وَلَا فِي سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ وَفِي قَوْلِهِ ﷺ هَذَا ، إِشَارَةٌ إِلَى تَحْرِيمِ التَّدَاوِيِّ بِالْمُسْكِرِ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : إِنْ أَلَّاهُ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ التَّدَاوِي بِهِ ، أَوْ نَحْوَ هَذَا مِنَ الْقَوْلِ ، فَلَا يَدْخُلُ إِذَنْ تَحْتَهُ التَّدَاوِي بِسَائِرِ النِّجَاسَاتِ فَإِنَّهَا غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ فِي حَالَةِ التَّدَاوِيِّ بَلْ فِي غَيْرِ حَالَةٍ التَّدَاوِيِّ ، بِدَلَالَةِ حَدِيثِ الْمُزَنِّينِ الْمُتَّفَقِ عَلَى صِحَّتِهِ . وَيُغْنِي عَنْ حَدِيثِ « إِنْ أَلَّاهُ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ » مَا هُوَ أَصَحُّ مِنْهُ وَأَدْلُّ ، وَهُوَ حَدِيثُ طَارِقِ بْنِ سُوَيْدٍ قَالَ : « قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنْ بَارَضْنَا أَعْنَابًا نَعْتَصِرُهَا ، فَنَشْرَبُ مِنْهَا ، قَالَ : لَا ، فَارْجِعْتُهُ ، فَقُلْتُ : إِنَّا نَسْتَشْفِي بِهِ لِلْمَرِيضِ ، فَقَالَ : إِنْ ذَلِكَ لَيْسَ شِفَاءً ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ » أخرجه أبو داود وابن ماجه ، قال الحافظ ابن عبد البر : هو صحيح الإسناد ، وأخرج مسلم في صحيحه نحوه والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٣ / ب) .

(٤) حديث صحيح : رواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٣٣٥/٢) باب « النجاسة وتطهيرها » برقم (١٣٨٨) ورواه أبو يعلى في مسنده (٤٠٢/١٢) برقم (٦٩٦٦) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٥٦/٢٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/١٠) كتاب « الضحايا » باب « النهي عن التداءي بالمسكر » جميعاً من طرق عن جرير عن الشيباني عن حسان بن مَخَارِق عن أم سلمة به .

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٨٦/٥) وعزاه إلى أبي يعلى والبزار ، وقال : « رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مَخَارِق ، وقد وثقه ابن حبان » .

وقلت : والحديث له شاهد من حديث طَارِقِ بْنِ سُوَيْدٍ الْجَعْفِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْخَمْرِ ، فَنهَاهُ ، أَوْ كَرِهَ أَنْ يَصْنَعَهَا لِلدَّوَاءِ ، فَقَالَ : إِنَّمَا أَصْنَعُهَا لِلدَّوَاءِ !! فَقَالَ : « إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٧٣/٣) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣) باب « تحريم التداءي بالخمـ » برقم (١٩٨٤) .

ولكن يجوز التداءي بالأعيان النجسة كَلَحْم السرطان ، والحية ، والمعجون الذي فيه الخمر ؛ لأن تحريم الخمر المسكر مُعْلَظٌ ، وتركُه مقصودٌ لا يُقاوِمُه ظَنُّ الشفاء .

وأما الرَّجْزُ عن تناول النجاسات - مع أن مصير الأطعمة إلى النجاسة - فهو من قبيل المروءات المستحسنة فيجوز أن تزول بعذر المرض . وقد قال القاضي : « ^(١) لا يُحَدُّ الشارب إن قصد التداءي بها ^(٢) » فكأنه جعل ذلك شبهةً في الإسقاط ^(٣) ولم يُصَرِّح أحدٌ بجواز التداءي بها ^(٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « يحد الشارب إن لم يقصد التداءي » .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله : (فكأنه يجعل ذلك شبهة في الإسقاط) أي : جعل قصد التداءي شبهةً في إسقاطه الحد ، لا أنه جعله مُبَيِّحاً » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ / أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله : (ولم يُصَرِّح أحدٌ بجواز التداءي بها) ليس كما قال ؛ فقد قاله بعض الأصحاب ، نقله غير واحد من المصنفين ، وهو منهم ، فقد نقله في أول « وسيطه » هذا والله أعلم » . انظر مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ / أ) .

قال الحموي : « قوله في باب حد الخمر : (وأما الموجب فنقول : يجب الحد على كل ملتزم ، شرب ما أسكر جنسه ، مختاراً ، من غير ضرورة وعذر ... إلى قوله : أما قولنا : « من غير ضرورة » أردنا به أن من غصَّ بلقمة ولم يجد غير الخمر فإنه يسيغها به ، وكذلك إذا خاف الهلاك من العطش ، وأما التداءي في علاج الأمراض فإنه لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن ذلك ... إلى قوله : ولأن الشفاء مظنونٌ بخلاف دفع العطش وإساعة اللقمة ... إلى أن قال : لم يصرح أحدٌ بجواز التداءي () .

قلت : ما ذكره الشيخ هاهنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه اختار جوازَ الشرب للعطش ، والاختيار : أنه لا يجوز في العطش ويجوز في التداءي ، وعللوا وقالوا : الخمر يزيد العطشان لهباً بخلاف المداواة ؛ فإن الظاهر منها الشفاء ، والشرعُ تعبدنا بالظاهر ، وقول النبي ﷺ محمولٌ على ما إذا لم يغلب على ظنُّ الطبيب المسلم الشفاء ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ موافقاً لما ذكره . الإشكال الثاني : أنه قال : (ولم يصرح أحدٌ بجواز التداءي بها) ولا شك أنه قد ذَكَرَ في أول العبادات خلافاً فيه وهو قوله : (ومنهم من جَوَّز التداءي قياساً على إساعة اللقمة) وإذا كان كذلك كان بينهما نوع مناقضة .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ؛ فإن ما ذكره الشيخ من التعليل لا ينفي ما علَّله معظم الأصحاب ، فإنه يبعد أن يدفع العطش في الحالة الراهنة وبعده يحصل زيادةُ عطش ، بخلاف المداواة فإنه لا يزيل المرضَ غالباً في الحال على تقدير غلبة الظن ، وبه اندفع الإشكال .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضاً ؛ فإن ما ذكره الشيخ يحتمل أمرين : أحدهما : أن يقال : لعل =

وقولنا : (من غير عذر) احترزنا به عن التداوي ؛ إذ الظاهر أنه لاحد وإن عَصَى ؛ وعن حدث العهد ^(١) بالإسلام إذا لم يعلم التحريم ، وكذا ^(٢) الغالط إذا ظَنَّهُ شَرَابًا آخر . قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو سكر مثلُ هذا الرجل لم يَلْزَمه قضاء الصلوات ؛ لأنه كالمغمى عليه ^(٣) » وقال : « لو شَرِبَ الحنفيُّ النبيذَ حَدَدْتُهُ » ^(٤) .

وَنَصَّ ^(٥) أن الذمي لا يُحَدُّ وإن رضي بحكمنا . وسببُه : أن الحنفي في قبضة الإمام والحاجة قد تمسُّ إلى زجره بخلاف الذمي الذي لم يَلْتَزِم حُكْمَنَا ^(٦) . ومن أصحابنا من

= ذلك القائل فَمَهْمُ ذلك منه بطريق المفهوم لا بطريق التصريح ، فعلى هذا لا منافاة بينهما . الثاني : يحتمل أن يكون مراده أنه لم يصرح به أحدٌ من الحراسانيين دون العراقيين ؛ فإنهم صرحوا بذكر الخلاف فيه . فعلى هذا لا منافاة بينهما كما لا يخفى . إشكالات الوسيط (ق ١٧٣ / ١ / ١٧٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وعن حديث العهد . (٢) في (أ) ، (ب) : « كذلك » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال الشافعي - رضي الله عنه - لو سكر مثلُ هذا الرجل لم يَلْزَمه قضاء الصلوات ؛ لأنه كالمغمى عليه) هذا التعليلُ هو من كلامه ، لم ينقله عن الشافعي رضي الله عنه والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ / أ) .

(٤) روى الشافعي في الأم بإسناده عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) أنه قال : « لأوتى بأحدٍ شَرِبَ خمرًا - نبيذًا أو مسكرًا - إلا حَدَدْتُهُ » .

(٥) في (أ) : « والنص » .

(٦) قال ابن الصلاح : « كلامه في الفرق بين الحنفي والذمي كلامٌ مُوهِمٌ ، فقوله : (إن الذمي لم يَلْتَزِم حُكْمَنَا) معناه لم يَلْتَزِم بعقيد الذمة حكمنا فيما نُحَرِّمُه نحن ، وهو يستبيحه حيث لا تعلق له بمسلم .

وقوله : (وإن رَضِيَ بحكمنا) لا ينافي ذلك وليس في رضاه بحكمنا - إذا شرب - التزامٌ بحكمنا عليه بالحدِّ فإن ذلك رِضًا منه بحكمنا على الإجمال .

وقوله : (إن الحنفي في قبضة الإمام) المرادُ به ضِدُّ ما ذكرناه في الذمي ، أي أنه يَلْزَمه الانقيادُ لحكم الإمام في ذلك وإن حكم عليه بالعقوبة فيما يحرمه الإمام ويستحله هو ، وللإمام ذلك إذا رأى المصلحة فيه كما في النبيذ ، فإن مفسدته كمفسدة الخمر المجمع عليه على ما شهدت به التجارب . قلت : وقد وجدت لما استشكل من حدِّ الحنفي في النبيذ مع استحلاله ، مستندًا قويًا ، وهو إقامة عمر (رضي الله عنه) الحدَّ على قدامة بن مظعون في شربه الخمر مع استحلاله لها قبل انعقاد إجماع الخاصة والعامة على تحريمها ، والخمر إذ ذاك كالنبيذ الآن في ذلك ، وانتشر ذلك بين الصحابة فصار إجماعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ / أ وما بعدها) .

قال : لَا يُحَدِّثُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُحَدِّثُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ .

ثم الموجب ^(١) - بقيوده - يجب ^(٢) أن يَظْهَرَ لِلْقَاضِي بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، أَوْ إِقْرَارِ صَحِيحٍ ^(٣) ، وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى النِّكْهَةِ وَالرَّائِحَةِ ؛ فَلَعَلَّهُ غَلَطَ ، أَوْ أُكْرِهَ ^(٤) .

ولو قال مطلقاً : شربُ المسكر ^(٥) ، أَوْ قَالَ الشَّاهِدُ : شَرِبَ مَسْكُراً ، أَوْ شَرَبَ شَرَابًا شَرِبَهُ غَيْرُهُ فَسَكَرَ ، كَفَى ذَلِكَ ^(٦) وَلَوْ تَقَدَّرَ احْتِمَالُ الْإِكْرَاهِ ^(٦) مَعَ ظَاهِرِ الْإِضَافَةِ .

(١) فِي (أ) : « ثُمَّ الْوَاجِبُ » .

(٢) فِي (أ) ، (ب) : « يَنْبَغِي » .

(٣) فِي (أ) ، (ب) : « أَوْ إِقْرَارِ صَرِيحٍ » .

(٤) فِي (أ) ، (ب) : « أَوْ أُوجِزَ » وَكِلَاهُمَا صَحِيحٌ ، وَمَعْنَى « أُوجِزَ » أَي : أُدْخِلَ الْخَمْرُ فِي حَلْقِهِ رَغْمًا عَنْهُ .

(٥) فِي (أ) ، (ب) : « شَرِبْتُ مَسْكُراً » .

(٦) فِي (أ) ، (ب) : « وَلَا نَقْدَرُ احْتِمَالَ الْإِكْرَاهِ » .

الطرف الثاني

في الواجب

والنظر في : قدره ، وكيفيته .

أما القدر : فأربعون جلدةً ، وأصله ما روي أن النبي ﷺ أتى بشارب ، فقال : « اضربوه بالنعال » ، فضربوه بالنعال ، وأطراف الثياب ، وحثوا عليه التراب ، ثم [قال] ^(١) بكتوه ، أو غيروه ^(٢) ونحوه ، ثم قال ^(٣) : « أَرْسِلُوهُ » ، فلما كان في ^(٤) زمان / أبي بكر (رضي الله عنه) أَحْضَرَ الَّذِينَ شَاهَدُوا ٢٥٨/ب ذلك فَعَدَّلُوهُ بأربعين جلدةً ، فكان يَجْلَدُ أربعين ^(٥) ، وكذلك عمر (رضي الله عنه) في صدر خلافته ^(٦) حتى تَتَابَعَ النَّاسُ ^(٧) بشرب الخمر ^(٨) واستحققوا ^(٩) ذلك ، فشاور الصحابة ، فقال علي (رضي الله عنه) : « من شرب سَكِرَ ، ومن سكر هَذَى ، ومن هَذَى افترى ؛ فأرى عليه حدَّ المفتريين » ، فكان عمر (رضي الله عنه) يَجْلَدُ ثمانين ، وعثمان (رضي الله عنه) يَجْلَدُ ثمانين ^(١٠) ، ثم عاد

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « أي : غيروه » .

(٣) كلمة : « قال » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « في » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قال الإمام ابن الصلاح : « ما رواه من الحديث في قَدَرِ حَدِّ الخمر ، قدرويناه في السنن الكبير مُفَرَّقًا في أحاديث ، وبعضها دون بعض في القوة ، وأوله إلى قول علي (رضي الله عنه) رواه الشافعي (رضي الله عنه) من حديث عبد الرحمن بن أزهر رضي الله عنه » مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ / ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « في صدر الخلافة » .

(٧) قال ابن الصلاح قوله : (تابع الناس) التابع : بالياء المثناة من تحت قَبْلَ العين ، وهي لا تستعمل إلا في الشر ، وهو التهاون فيه واللجاج . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ / ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « في شرب الخمر » . (٩) في (ب) : « واستحققوا » .

(١٠) رواه أبو داود في سننه (٦٢٧/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « إذا تتابع في شرب الخمر » حديث (٤٤٨٩) . ورواه الدارقطني (١٥٨/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٠/٨) والحاكم في المستدرک (٣٧٥/٤) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

عليّ (رضي الله عنه) إلى أربعين ^(١) . وروي [عنه] ^(٢) أنه (عليه السلام) أمر حتى جَلَدَ الشارب أربعين ، وروى أنه قال : « إِنَّ شَرِبَ فَاجْلِدْهُ ^(٣) . فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدْهُ ، فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ » ^(٤) . ولا خلاف أن القتل منسوخ في الشرب ^(٥) .

ثم اختلف الأصحاب في شيئين :

أحدهما : أنه هل يكفي الضرب بالنعال وأطراف الثياب ؟ والحديث يدل على جوازه ^(٦) ، ومن منع قال : ذلك لا ينضبط فقد كُفينا مئونة ^(٧) التعديل ؛ فيُتبع .

الثاني : أن الإمام لو رأى أن يجلد ثمانين هل له ذلك ؟ ، فمنهم من منع لرجوع عليّ (رضي الله عنه) عنه . ومنهم مَنْ جَوَّزَ ^(٨) .

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى الأربعين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فاجلدوه » .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٢٣/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « إذا تتابع في شرب الخمر » . حديث (٤٤٨٢) بإسناده عن معاوية بن أبي سفيان (رضي الله عنه) مرفوعاً بلفظ : « إذا شربوا الخمر فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاقتلوهم » . ورواه الترمذي (٣٩/٤) (١٥) كتاب « الحدود » (١٥) باب « ما جاء : من شرب فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه » حديث (١٤٤٤) . وقال الترمذي : « إنما كان هذا في أول الأمر ، ثم نسخ بعد » ورواه النسائي (٣١٣/٨) كتاب « الأشربة » باب « ذكر الروايات المغلطات في شرب الخمر » ورواه ابن ماجه (٨٥٩/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٧) باب « من شرب الخمر مراراً » حديث (٢٥٧٣) .

وقال ابن الصلاح : « وقع في نسخ « الوسيط » أن « القتل » كان في المرة الثالثة ، وليس بصحيح ، بل هو في الرابعة فيما رويناه من حديث أبي هريرة ، وفي الخامسة فيما رويناه من حديث معاوية ، رواهما أبو داود في سننه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤/ب) .

(٥) انظر معرفة السنن والآثار للبيهقي (٣٦/١٣) ، والاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار للحازمي ص (٤٦٧) .

(٦) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (١٧٢/١٠) . (٧) في (ب) : « مؤنة » .

(٨) وهو الأصح كما في الروضة (١٧٢/١٠) .

أما الكيفية ، فالنظر في : السوط ، ورفع اليد ، والضرب ، والزمان .
 أما السوط ، فليكن وسطاً ^(١) ، ويقوم مقامه الخشبة الزائدة على القضيب الناقصة من العصا . ولا ينبغي أن يكون في غاية الرطوبة ، ولا في غاية اليابس ^(٢) .
 وأما رفع اليد ، فلا يرفعه فوق الرأس ؛ فيَعْظُم الألم ، ولا يكتفي بالرفع اليسير فلا يؤلم ، بل يُراعي التوسط ^(٣) .

وأما الضرب ، فيفرقه ^(٤) على جميع بدنه ، ويُنْثِي المقاتل ، كالقرط والأخدع ^(٥) وثغرة النحر والفرج ، ويُنْثِي الوجهة ؛ ففيه نَهْي في البهائم ، فكيف في الآدمي ؟ ^(٦) . ولا يتيقي الرأس عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لِقَوْل أبي بكر (رضي الله

(١) قال ابن الصلاح : « السوط في الأصل هو المتخذ من جلود وسيور تُلَوَّى وتُلَف ، وهو معروف ، وثمرته طرقة ، وهكذا ثمرة اللسان طرقة ، وهذا هو المراد بثمره السوط المذكورة في الحديث الذي رواه الشافعي عن مالك ، المذكور فيه : « فَأَنْتِي بسوط جديد ، لم تُقَطع ثمرته » واشتبه هذا على إمام الحرمين ، فَعَبَّرَ ألفاظ الحديث ، وقال فيه : « فَأَنْتِي بخشبة » وفُسر الثمرة بعقدتها التي هي منابت الغصون الدقيقة ، وتَبَعَهُ على ذلك الغزالي في « بسيطه » ونسأل الله عِصْمَتَهُ وتوفيقه . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٤ ب / ١١٥) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا ينبغي أن يكون في غاية الرطوبة ، ولا في غاية اليابس) هذا قاله في « الحسبة » وعنده أن في غاية الرطوبة إفراطاً في الإيلاء من حيث إنها تلتوي على البدن ويغوص تأثيرها فيه حتى يتشقق منه الجلد ، وفي غاية اليابس تفريطاً لخفتها وقلة إيلائها ، والله أعلم » مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٥ أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الوسط » . (٤) في (أ) ، (ب) : « فَلْيُفَرِّقْهُ » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في المقاتل : (كالقرط والأخدع) كذا هو في « النهاية » و « البسيط » وليس بصحيح ، وصوابه أن يقال : (كما تحت القرط) وهو ماتحت الأذن ؛ إذ القرط عبارة عما علق من شحمة الأذن من حلقة ذهب أو غيره ، والأخدع : عرق في موضع المحاجم من العنق ، والله أعلم » . المشكل (ج ٢ ق ١١٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : قوله : (ويُنْثِي الوجهة ، ففيه نَهْي في البهائم فكيف في الآدمي ؟) اتَّبَعَ فيه شيخه ، وفيه تقصير إذ وَجَّهَ الآدمي نفسه منصوب عليه في أحاديث ، منها ما روينا في صحيح مسلم وغيره عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال : « إِذَا ضَرَبَ أَحَدُكُمْ فَلْيَتَجَنَّبِ الْوَجْهَ » والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٥ أ) .

قلت : الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢٠١٦ / ٤) (٤٥) كتاب « البر والصلة والآداب » (٣١) باب « النهي عن ضرب الوجه » حديث (٢٦١٢) ، ورواه أبو داود (٦٣١ / ٤) حديث (٤٤٩٣) .

عنه) للجلاد : « اضْرِبِ الرَّأْسَ ؛ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ فِي الرَّأْسِ » .

ولا تُشَدُّ اليَدَانِ مِنَ المَجْلُودِ ، بَلْ يَتْرَكَ حَتَّى يَتَقَيَّ - إِنْ شَاءَ - يَدَيْهِ .

ولا يُتَلَّ لِلجَبِينِ ^(١) بَلْ يُضْرَبُ ^(٢) وَهُوَ قَائِمٌ .

وَتُضْرَبُ الْمَرْأَةُ وَهِيَ جَالِسَةٌ ، وَيَلْفُ عَلَيْهَا ثِيَابُهَا ؛ لِكَيْلَا تَتَكَشَفَ ^(٣) .

وَأَمَّا الزَّمَانُ ، فَلَا بَدَّ مِنْ مَوَالَةِ الضَّرْبِ ، فَلَوْ فَرَقَ مِائَةً سَوْطٍ عَلَى مِائَةِ يَوْمٍ لَمْ يَجُزْ ^(٤) .

وَلَوْ ضُرِبَ خَمْسِينَ فِي يَوْمٍ ، وَخَمْسِينَ فِي يَوْمٍ آخَرَ قَالَ ^(٥) : إِنَّهُ جَائِزٌ ، وَالضَّبْطُ فِيهِ

عَسِيرٌ ، فَالْوَجْهُ أَنْ يُقَالَ : إِذَا انْمَحَى ^(٦) أَثَرُ الْأَلَمِ الْأَوَّلِ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ بَاقِيًا جَازٌ .

^(٧) هَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي الْجَنَايَةِ الْمَوْجِبَةِ لِلْحُدُودِ ^(٨) ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِخْتِمَامِ بِبَابِ فِي التَّعْزِيرِ .

(١) قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ : « قَوْلُهُ : (وَلَا يُتَلَّ لِلجَبِينِ) أَيُّ لَا يُضْرَعُ لَجَبِينِهِ ، وَالْجَبِينُ غَيْرُ الْجَبْهَةِ ، وَهُمَا جَبِينَانِ إِلَى جَانِبِي الْجَبْهَةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ » . مُشْكَلُ الْوَسِيطِ (ج ٢ ق ١١٥ / أ) .

(٢) مَا بَيْنَ الرَّقْمَيْنِ سَاقِطٌ مِنَ (أ) ، (ب) .

(٣) قَالَ الْحَمَوِيُّ : « قَوْلُهُ : (وَأَمَّا الزَّمَانُ فَلَا بَدَّ فِيهِ مِنْ مَوَالَةِ الضَّرْبِ ، وَلَوْ فَرَّقَ مِائَةً سَوْطٍ عَلَى مِائَةِ يَوْمٍ لَمْ يَجُزْ) .

قُلْتُ : ذَكَرَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ أَنَّهُ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ : فَلَا يَضْرَبُ فِي حَرِّ شَدِيدٍ وَلَا فِي بَرْدٍ شَدِيدٍ ، عَلَى مَا يَذْكُرُ بَعْدَهُ ؛ فَإِنَّ الْمِائَةَ قَدْ تَكُونُ مُتَوَالِيَةً فِي يَوْمٍ فِيهِ حَرٌّ شَدِيدٌ [أَوْ بَرْدٌ شَدِيدٌ] ، وَمَعَ هَذَا لَا يَجُوزُ .

قُلْتُ : هَذَا إِشْكَالٌ ضَعِيفٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّهُ أَرَادَ بِهِ فِي أَثْنَاءِ الْحَرِّ ، وَإِنَّمَا غَرَضُهُ أَنْ يَذْكُرَ كُلَّ وَاحِدٍ فِي الْغَالِبِ إِلَّا وَقَدْ يَكُونُ مُتَوَقِّفًا عَلَى غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا غَرَضُهُ أَنْ يَذْكُرَ كُلَّ وَاحِدٍ فِي مَوْضِعِهِ » . إِشْكَالَاتُ الْوَسِيطِ (ق ١٧٩ / أ ، ١٧٩ / ب) .

(٤) فِي (أ) ، (ب) : « قَالُوا » . (٥) فِي (أ) : « مُجِي » .

(٦) فِي (أ) ، (ب) : « هَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي الْجَنَايَاتِ الْمَوْجِبَاتِ لِلْحُدُودِ » .

باب

في التعزير^(١)

والنظر في : الموجب ، والمستوفي ، والقدر ، وأصل الوجوب .

أما الموجب : فكلُّ جنائية سوى هذه السبعة مما يعصى العبدُ بها ربَّه ؛ فيستوجب بها التعزير^(٢) ، سواء كان على حقِّ الله تعالى ، أو على حقِّ الآدمي^(٣) ، إذ حقُّ الآدمي^(٤) أيضًا لا يخلو عن حقِّ الله تعالى .

وأما المستوفي : فهو الإمام ، وليس ذلك للآحاد إلا الأب والسيد والزوج . أما الأب فلا يعزَّر البالغ ، والصغير لا يُعصَى^(٥) لكن للأب الضربُ تأديبًا وحننًا على التعلُّم وردًا عن سوء الأدب .^(٦) وللمعلم أيضًا ذلك^(٦) بإذن الأب . وكلُّ ذلك جائزٌ بشرط سلامة العاقبة ، فإن أفضى إلى الهلاك^(٧) وجب الضمان على العاقلة ، ويكون شبه عميد ، ويُبين أنهم جاوزوا حدَّ الشرع ، إلا ما يظهر كونه عمدًا محضًا ، ففيه القصاص .

وأما السيّد ، فالصحيح : أن له تعزيرَ عبده في حقِّ الله تعالى ، وأما في حقِّ نفسه ، فجائزٌ بلا خلاف .

(١) هذا العنوان ليس في الأصل وزدته للبيان .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الموجب للتعزير : (كلُّ جنائية سوى هذه السبعة مما يعصى بها العبدُ ربَّه تعالى) هذا يردُّ عليه ترك الصلاة ، فإنه مما سوى السبع ، والواجب فيه القتلُ حدًا دون التعزير . وقاتل الصائل كقتال الباغي وما أحقُّه به في ذلك . والصواب أن لا يذكر واحدًا منهما في الجنائيات الموجبة للحدود ، فإن الواجب فيها القتالُ للدفع والردَّ إلى الطاعة . والقتل إن وقع لم يكن حدًا ، بل يقع ضامنًا غير مقصود ، وهذا معلوم من قاعدة المذهب . واقتصر فيه في « البسيط » على أنه [يعني الموجب للتعزير] كلُّ جنائية لا تُوجب الحدَّ عصى مرتكبها ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٥ ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو حق الآدميين » . (٤) في (أ) ، (ب) : « الآدميين » .

(٥) أي أنَّ الصغير لا يُوصَف بالمعصية وإن ارتكب ما هو حرام شرعًا .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وللمعلم ذلك أيضًا » . (٧) في (أ) ، (ب) : « هلاك » .

وأما الزوج ، فلا يُعزَّرُ زوجته إلا على النشوز ^(١) على الترتيب الوارد في القرآن العظيم ، فإن كانت لاتنجر بالضرب اليسير بل بضرب مخوف ، فلا يُعزَّرُ أصلاً ؛ لأن المبرِّح مهلك ^(٢) ، والخفيف غير مفيد .

أما أصل الموجب ^(٣) ، فقد قال العلماء : ^(٤) ما يتمحّض لحق الله تعالى ^(٥) فلا اجتهد [فيه] إلى الإمام ، فإن رأى الصلاح في سحب ذيل العفو والتغافل عنه في بعض المواضع : ففعل . وإن رأى الاقتصار على الزجر بمجرد الكلام : ففعل ؛ إذ المصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، وكم تجاوز رسول الله ﷺ عن أقوام أساءوا آدابهم !! .

أما المتعلق بحق الآدمي ، فلا يجوز إهمال أصله مع طلب المستحق . لكن هل يجوز للإمام ترك الضرب والاقتصار على الزجر بالكلام إن رأى ذلك ؟ فيه وجهان . ولو عفا المستحق ، فهل للإمام التعزير ؟ فيه ثلاثة أوجه ^(٦) :

(١) في (أ) ، (ب) : « إلا في النشوز » . (٢) في (أ) ، (ب) : « يهلك » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما أصل الوجوب » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ما يتعلق بحق الله تعالى » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (المتعلق بحق للآدمي فليس له إهمال أصله مع طلب المستحق ، فكل هذا لا يجوز) للإمام ترك الضرب والاقتصار على الزجر بالكلام ، إن رأى ذلك فوجهان ، فإن عفا المستحق هل للإمام التعزير ؟ فيه ثلاثة أوجه ... إلى آخره » .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (إن غلب على ظن الإمام تركه جاز قولاً واحداً ، وإن غلب على ظنه أنه لا يكفي فلا بد من فعل ما يظنه زاجراً للمثله) فعلى هذا لم يبق لاتجاه الخلاف وجه .

قلت : أمكن أن يقال : الخلاف مبني على ما إذا شك الإمام أو نائبه في صورة احتمال وقوع الفتنة ، فمنهم من جعل حكم الشك حكماً غلبة الظن ، ومنهم من لا يلحقه [به] ، والتفصيل أن يقال : إن احتيل من ترك الضرب والعدول إلى الزجر حصول فتنة لم يجز ترك الضرب ، وإن لم يحصل بالعدول إلى الكلام ووقوع فتنة عدل إلى الكلام . وأما إن كان يغلب على الظن أن يقضي ترك الضرب إلى محذور لم يجز ترك الضرب والعدول إلى الكلام وجهاً واحداً ، وإن لم يُفَضَّ عند غلبة الظن إلى محذور جاز العدول إلى الكلام ، هذا في حق الآدمي ، وأما في حق الله تعالى فإنه يجوز له ترك التعزير إن رأى مصلحة ، وإن لم يكن في تركه مصلحة لم يجز له تركه . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩ / ب ، ١٨٠ / أ) .

أحدها : لا ؛ لأنه [ليس] ^(١) المستحق .

والثاني : نعم ؛ ^(٢) لأن ذلك لا يخلو أيضًا ^(٣) عن الجناية على حق الله تعالى ، وربما أراد الإمام زجره عن العود إلى مثله / .

١/٢٥٩

والثالث : أنه إن عفا عن الحد سقط ، وإن عفا عن التعزير ، فللإمام التعزير ؛ لأن أصل التعزير موكل إلى الأئمة ^(٤) .

أما قدر الموجب : فلا مرد لأقله ، وأكثره محطوط عن الحد . ^(٥) ومنهم من قال ^(٦) : يُحَطُّ كلُّ تعزير - وإن عظم - عن أقل الحدود ، وهو حدُّ الشرب . ومنهم من قال : تعزيرُ مقدماتِ الشرب يُحَطُّ عن حدِّه ، ولا يحط تعزير مقدمات الزنا إلا عن حد الزنا ، وكذلك تعزير ^(٧) مقدمات القذف ؛ فإنَّ إمساكَ العبدِ سيِّده ^(٨) حتى يقتله ^(٩) غيره [كبيرة] ^(١٠) أعظم من شرب قطرة من خمر ^(١١) . وروى صاحب « التقریب » حديثًا عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يُجْلَدُ فوق العشرة إلا في حدٍّ » ^(١٢) ، وقال : الحديث صحيح . فإن صحَّ ، فمذهب الشافعي (رضي الله عنه) اتباعُ الحديث ، وإن لم يصحَّ

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠/١٧٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ثم منهم من قال » .

(٤) كلمة : « تعزير » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ليقته » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « من الخمر » .

(٨) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٢/١٨٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٤٢) باب « كم التعزير والأدب ؟ » حديث (٦٨٤٨) بلفظ : « لا يُجْلَدُ فوق عشر جلدات إلا في حدٍّ من حدود الله » .

ورواه مسلم (٣/١٣٣٢) (٢٩) كتاب « الحدود » (٩) باب « قدر أسواط التعزير » حديث (١٧٠٨) ، وأبو داود (٤/٦٢٩) حديث (٤٤٩١) ، والترمذي (٤/٥١٤) حديث (١٤٦٣) ، وابن ماجه (٢/٨٦٧) حديث (٢٦٠١) جميعًا من طرق عن بكير ابن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة مرفوعًا به .

الحديثُ فَيَحْطُ عَنْ عَشْرِينَ فِي حَقِّ الْعَبْدِ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ حَدُّ الشَّرْبِ فِي حَقِّهِ . وَفِي حَقِّ الْحُرِّ ، هَلْ يُحْطُ عَنْ الْعَشْرِينَ ^(٢) الَّذِي هُوَ أَقْلُ مَا يَجِبُ حَدًّا كَامِلًا ^(٣) أَوْ [عَنْ] ^(٤) الْأَرْبَعِينَ الَّذِي هُوَ حَدُّهُ ؟ ، فِيهِ وَجْهَان .

وَأَمَّا مَالِكٌ (رَحِمَهُ اللَّهُ) فَإِنَّهُ جَاوَزَ الْحَدَّ ، وَجَوَّزَ الْقَتْلَ فِي التَّعْزِيرِ ؛ لِلِاسْتِصْلَاحِ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ ؛ إِذِ الْاسْتِصْلَاحُ التَّامُّ يَحْصُلُ بِالْحُدُودِ وَالتَّعْزِيرَاتِ وَالْحَبْسِ ؛ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقَتْلِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ^(٥) .

وَإِذَا فَرَعْنَا مِنْ مُوجِبَاتِ الْحُدُودِ ، فَجَدِيدٌ بِنَا أَنْ نُشِيرَ إِلَى مُوجِبَاتِ الضَّمَانَاتِ ، سِوَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ « الْغَضَبِ » .

(١) قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ : « الْحَدِيثُ الَّذِي صَحَّحَهُ صَاحِبُ « التَّقْرِيبِ » مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ . وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ : (وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ الْحَدِيثُ فَيَحْطُ عَنْ عَشْرِينَ فِي حَقِّ الْعَبْدِ) غَيْرُ مُرْضِيٍّ ؛ فَإِنَّهُ لَا شَكَّ فِي صِحَّتِهِ ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ فِي صَحِيحَيْهِمَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَرْدَةَ بْنِ دِينَارٍ . وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ : (وَإِنْ لَمْ يُعْمَلْ بِالْحَدِيثِ ..) إِذْ قَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : أَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الزِّيَادَةِ عَلَى الْعَشْرِينَ . فَيَدُلُّ الْإِجْمَاعُ عَلَى كَوْنِهِ مَنْسُوخًا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ » .

مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٥ / ب) .

(٢) فِي (أ) ، (ب) : « عَشْرِينَ » . (٣) فِي (أ) ، (ب) : « الَّذِي هُوَ أَقْلُ مَا يَجِبُ حَدًّا بِحَالٍ » .

(٤) زِيَادَةُ مِنْ (أ) ، (ب) .

(٥) قَوْلُهُ : « وَاللَّهُ أَعْلَمُ » لَيْسَتْ فِي (أ) ، (ب) . وَانْظُرْ حَاشِيَةَ الدُّسُوقِيِّ (٣٥٥ / ٤) فَقَدْ أورد تفصيلاً فيما حكاه الإمام الغزالي عن الإمام مالك (رحمهما الله تعالى) . وَانْظُرْ أَيْضًا التَّشْرِيعَ الْجَنَائِيَّ الْإِسْلَامِيَّ لِلشَّهِيدِ عَبْدِ الْقَادِرِ عَوْدَةَ فِيهِ تَفْصِيلٌ عَنْ مَسْأَلَةِ التَّعْزِيرِ بِالْقَتْلِ (٦٨٧ / ١ - ٦٨٩) .

كتاب موجبات الضمانات

والنظر في :

ضمان الولاية ، وضمان الصائل ، وضمان ما أتلّفه
البهائم^(١) ، فنعقد في كلّ واحدٍ بابا .

(١) في (أ) ، (ب) : « ما أتلّفته البهائم » .

الباب الأول

في ضمان الولاة

والنظر في : موجب الضمان ومحله .

أما الموجب : فالصادر عن الإمام : إما تعزير ، وإما حد^(١) ، أو استصلاح .

أما التعزير : فمهما سرى وَجَبَ الضمانُ ، وتبينَ خروجه عن المشروع ؛ إذ المشروع ما لا يُهْلِك ، وهو منوط بالاجتهاد ومشروطُ بسلامة العاقبة ، فيجبُ الضمان على كل مُعَزَّر إذا لم تَسَلَمِ العاقبةُ .

وأما الحدود ، فهي مقدرة فيما عدا الشرب ، فإذا اقتصر فمات ، قلنا : الحقُّ قَتَلَهُ . أما إذا مال عن المشروع ، فلا يخلو : إما أن يكون في وقت ، أو قَدَرٍ ، أو جنس .

فإن كان في الوقت^(٢) ، بأن أقامه في شدة الحر ، فالنصُّ أنه لا يضمن^(٣) ، وفي مثله في الختان يضمن ، وذكرنا فيه النقل والتخريج ، فكأنه يرجع حاصلُ الخلافِ إلى أنَّ التأخيرَ مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ .

أما الجنس ، فشاربُ الخمر إذا ضُربَ بالنعالِ وأطرافِ الثيابِ قريبًا من أربعين^(٤) - فمات ، فلا ضمانَ إلا على الوجه البعيد في أن ذلك غير جائز .

(١) في (أ) ، (ب) : «أو حدٌ» .

(٢) في (أ) ، (ب) : «في وقت» .

(٣) وهو المذهب أيضًا كما في الروضة (١٧٧/١٠) .

(٤) قال ابن الصلاح : «قال (رحمه الله) : «شاربُ الخمر ، إذا ضُربَ بالنعالِ وأطرافِ الثيابِ قريبًا من أربعين فمات فلا ضمان» ثم قال : (وإن ضُربَ أربعين فمات فقولان) قوله : (قريبًا من أربعين) غَيْرُ مَرْضِيٍّ ؛ لأنه إن جعل ذلك حدَّ الخمر فلا صائر إليه . وإن أراد به بعضُ الحد ، فذلك يُوهِمُ أن جميع الحد - الذي هو أربعون - ليس كذلك فيما إذا كان بالنعال ، ويُوهِمُ أيضًا أن سبب الفرق بين هذا وبين محلِّ القولين كونُ ذلك أربعين ، وكونُ هذا قريبًا من أربعين ، وليس الأمر عندهم في ذلك على ذلك ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٧/أ) .

وإن ضَرَبَ أربعين ، فقولان :

أحدهما : لاضمانَ كسائر الحدود (١) .

والثاني : نعم (٢) ؛ لقول علي (رضي الله عنه) : « إن ذلك شيء رأيناه بعد رسول الله ﷺ » (٣) « (٤) وهذا بشرط أن لا يصح الخبر في جلد الأربعين (٥) .

فإن أوجبنا ، فالصحيحُ إيجابُ كلِّ الضمان . وفيه وجه : أنه يوزَعُ (٥) على التفاوت بين ذلك ، وبين الضرب بالنعال في الألم . وهذا شيء لا يُنضبط ولا يُذكر أصلاً .

أما القدرُ ، فهو أن يضرب في حدِّ القذف أحدًا وثمانين ، فقولان :

أحدهما : أنه يجب عليه من الضمان جزءٌ من أحد وثمانين .

والثاني : أنه يجب النصف ؛ نظرًا إلى الحق والباطل ، (٦) إذ ربما أثر آلام السياط (٦) لا تتساوى .

أما إذا ضَرَبَ في الشرب ثمانين ، ضمن الشطر ؛ لأنه زاد عن (٧) المشروع مثله (٨) . فلو أَمَرَ

(١) وهذا هو المشهور ؛ لأن الصحابة أجمعوا على أن الشارب يضرب أربعين . انظر الروضة (١٧٨/١٠) ، وقال الغزالي في الوجيز (١٨٣/٢) : « إنه أظهر القولين ؛ لتقدير الصحابة به » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بلى » .

(٣) هذا الأثر ذكره الشافعي كما في المختصر ص (٢٦٦) قال : « وزوي عن علي (رضي الله عنه) أنه قال : « ليس أحدٌ يُقيم عليه حدًّا ، فيموت ، فأجدُّ في نفسي شيئًا ، الحقُّ قتله إلا حدَّ الخمر ؛ فإنه شيء رأيناه بعد النبي ﷺ ، فمن مات منه قديته ، إما قال : في بيت المال ، وإما قال : على عاقلة الإمام » والشكُّ من الشافعي (رحمه الله) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهذا بشرط أن لا يصح في الخمر جلدُ الأربعين » . قلت : قد صح ذلك كما رواه مسلم في صحيحه وسبق تخريجه .

(٥) في (أ) : « إذ مقادير آلام السياط » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مؤزَع » .

(٧) في (أ) : « على » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا ضرب في الشرب ثمانين فمات ، ضَمِنَ الشطر ، لأنه زاد على المشروع مثله)

يعني : زاد على المشروع جلدًا مثله تعزيرًا . قلت : وإنما جاز فيه التعزير بأربعين ؛ لأنه تعزير على تصديده للافتراء في =

الجلادَ بثمانين ، فزاد واحداً^(١) ، اجتمع من الأصول ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يسقط من الضمان أربعون من واحد وثمانين ، ويجب أربعون على الإمام ، وواحدٌ على الجلاد^(٢) .

والثاني : أنه يجب في مقابلة الباطل نصفٌ موزعٌ على الإمام والجلاد بالسوية^(٣) .

والثالث : أنه يُجعل الضمان أثلاثاً ، فيسقط ثلثه ، ويجب على الإمام ثلثه ، وعلى الجلاد ثلثه .

أما الاستصلاح ، فهو : إما بقطع سلعة^(٤) أو بالختان .

أما السلعة ، فللعاقل أن يقطعها من نفسه إن لم يكن فيه خوفٌ ، فإن كان مخوفاً لم يُجزَ لإزالة الشئ . وهل يجوز للخوف على البقية ؟ ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأن الخوفَ موجودٌ في التزك والقطع ، فلا فائدة في القطع .

والثاني : الجواز ؛ إذ الخوف متساوٍ ، فإليه الخيرة^(٥) .

= هذيانه ، ومقدمات القذف يعتبر فيها النقض عن حد القذف لا عن الأربعين على وجه صحيح سبق . ومن قال : يعتبر في كل تعزير نقضه عن الأربعين ، اعتذرنا له بأن الأربعين هاهنا تعزيران أو تعزيرات على تصديه للافتراء أو لغيره من المعاصي ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٧/أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فزاد واحدة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٧٨/١٠) .

(٣) في (ب) : « بالتسوية » .

(٤) قال ابن الصلاح : « السلعة ، قيل : إنها الغدة ، ذكره إمام الحرمين ، وفي صحاح اللغة للجوهري : إنها زيادة تحدث في الجسد كالغدة تتحرك إذا حكت ، وقد تكون من حتمصة إلى بطيخة . قلت : وهي بكسر السين كما في سلعة المتاع . ومن قالها بفتح السين فهو مخطيء ، وإنما السلعة بالفتح : الشجة ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٧/أ ، وما بعدها) .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٧٩/١٠) .

والثالث : أنَّ القطع - إن كان أسلم في الظنِّ الغالب - جاز ، وإن اعتدل الخوفُ فلا ، وكذلك الخلافُ في اليد المتأكلة .

أما من به أَلَمْ لا يطيقه ، فليس له أن يُهْلِكَ نفسه ، فإن كان الموتُ معلومًا ، مثل الواقع في نار ^(١) لا ينجو منها / قطعًا ، وهو قادر على إغراق نفسه ^(٢) ، وهو أهون عليه ^(٣) : اختلفَ فيه أبو ٢٥٩/ب يوسف ومحمد (رحمهما الله) ، والأصحُّ : أنَّ له أن يُغرق نفسه .

رجعنا إلى الوالي والولي ، وليس لهما ذلك في حقِّ العاقل البالغ إجبارًا ، بل الخيرة إلى العاقل . فإن فعلوا وَجَبَ القصاصُ .

أما المُولَّى عليه بالصغر والجنون ، فلأب أن يتعاطى فيهم ما يتعاطى العاقلُ في نفسه لإزالة الشَّيْنِ والخوف .

أما السلطان ، فله ذلك حيث لاخوف ، ويكون قطعه كالقَصْد والحجامة ، وهو جائزٌ له . وإن كان في القطع خطرٌ فليس للسلطان ذلك ، كما ليس له الإجمار على النكاح ؛ لأن مثل هذا الخطر يشتدعي نظرًا دقيقًا وشفقةً طبيعيةً ، وليس للسلطان ذلك ، فإنَّ فَعَلَ حيث لم نجوِّز ، فتجب الدِّيَّة ، وفي القود قولان ^(٤) ، ووجهُ الإسقاطِ الشبهةُ ؛ إذ هذا مما تقتضيه ولايةُ الأب وإن لم [تكن] ^(٥) تقتضيه ولايته . ثم الصحيح أن الدية في خاصِّ ماله وإن سقط القود ؛ لأنه عمدٌ محض . وحيث جوزنا ^(٦) للأب والسلطان ذلك ، فسرى ، قال القاضي : « وجب الضمانُ كالتعزير ؛ لأنه غير مضبوط ^(٧) ، وإنما جوزنا بالاجتهاد » ، والصحيح ما قاله الأصحاب ، وهو سقوط

(١) في (أ) ، (ب) : « في النار » . (٢) وذلك كأن يكون في سفينة مشتعلة مثلاً .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فقد » بدلًا من « عليه » .

(٤) والأظهر من القولين أنه لا يجب ؛ لأنه قَصْد الإصلاح . انظر الروضة (١٨٠/١٠) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) . (٦) في (ب) : « حيث جُوِّزَ ... » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه غير مضبوط) أى فيما يرجع إلى الألم والسراية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٧/ب) .

الضمان ؛ لأن الجرح فيه خطر ، وقد جُوِّزَ مع الخطر ، وإنما جُوِّزَ من التعزير مالا خَطَرَ فيه . وكيف يتعرض الوليُّ ل ضمانِ سرَايةِ الفصد والحجامة ، وذلك يَزُجُرُه عن فعله ، وَيَضُرُّ بالصبيِّ ؟ . نعم ، يتَّجه ذلك في الختان بعضُ الاتجاه فإنه ليس على الفور ، ولا فيه خوفٌ ^(١) . والصحيح أيضًا أنه لا ضمان .

أما الختان ، فمستحقٌّ عند الشافعي (رضي الله عنه) في الرجال والنساء ؛ لأنه جائز ، مع أنه جرح مخطر ، فيدل على وجوبه ، والواجبُ في الرجال قَطْعُ ما يَغْشَى الحشْفَةَ ، وفي النساء ما ينطلق عليه الاسم .

ثم أولُ وجوبه بالبلوغ ^(٢) ، وليس يجب على الصبي ، بخلاف العُدَّة إذ تنقضي من غير فعل ، والأولى أن يبادر الوليُّ في الصبي ؛ لسهولة ذلك عند سخافة الجلد ، فإن بلغ وامتنع استوفى السلطان قهراً ، فلا ضمان إذ وجب استيفاؤه إلا أن يَفْعَلَ في شدة الحر ، فإن النصُّ أنه يضمن ^(٣) ، وفيه تخريج سبق .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في توجيه التضمين في الختان : (إنه ليس على الفور ولا فيه خَوْفٌ) معناه وتقريره : ليس على الفور في حق الصبي ونحوه ، ولا في تركه خوفٌ عليه كما في السَّلْعَة حتى يحتاج إلى تجويزه للولي من غير ضمان كي لا يمنعه من فعله خَوْفُ الضمان مع كونه غَيْرَ مُشْتَبَعٍ حينئذ لما فيه من الخطر ، وإنما فسرنا ذلك بالخوف في الترك - مع أن ظاهر لفظه فيه لا يَشْعُرُ به - ؛ لأن الخوف في نفس الختان ثابتٌ قد أثبتته المصنّف في قوله بعد هذا : (إنه جرحٌ مخطر) ولأن ما ذكرته من المعنى يقتضيه والله أعلم . » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٧ ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « البلوغ » .

(٣) وهو المذهب كما في الروضة (١٨٢ / ١٠) .

النظر الثاني

في محله

والإمام كسائر الناس فيما يتعاطاه ^(١) لا في معرض الحكم ^(٢) ، أو في معرض الحكم على خلاف الشرع عَمْدًا . أما إذا بَدَلَ الممكن في الاجتهاد فأخطأ ، ففي الضمان قولان : أحدهما : أنه كسائر الناس يجب عليه ، أو على عاقلته ^(٣) .

والثاني : أنه في بيت المال ؛ لأن الوقائع تكثر ، وهو مُعَرَّضٌ للخطأ ، فكيف يُستهلك ماله ١٢ . وعلى هذا ، ففي الكفارة وجهان ^(٤) ؛ لأنها من جنس العبادات فتبعد عن التحمُّل . ويجري القولان فيما لو ضَرَبَ في الشرب ثمانين وقلنا : له ذلك . ولا يجري إذا أقام الحدَّ على حاملٍ مع العلم ؛ فإنه مقصَّر ^(٥) ، والغرة ^(٦) على عاقلته قطعًا ، وكذلك إذا قضى بقولِ عبيدين ، أو كافرين ، أو صَبِيَّين وقصَّر في البحث . فإن بحث فأخطأ ، ^(٧) جرى فيه القولان ^(٨) ، إلا أنه يُمكن الرجوع على الشهود ؛ لأنهم تصدوا ^(٩) لِمَا ليسوا أهلاً له . ومنهم من قال : لارجوع ؛ لأنهم صدقوا أو أصرروا ، وليس القاضي كالْمُغْرور ؛ إذ الْمُغْرورُ غيرُ مأمور بالبحث ، وهو مأمورٌ به ^(٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فيما يتعاطى » .

(٢) يعني ما يتعدى فيه الإمام من التصرفات ، ويقصر فيه ، أو يخطئ خطأ لا يتعلق بالحكم ، كأن يرمي صيدا - مثلاً - فيقتل إنسانًا ، فالحكم فيه كالحكم على سائر الناس ، فيجب الضمان في ماله ، أو على عاقلته .

(٣) والأظهر أن الضمان على عاقلته . انظر الروضة (١٨٣/١٠) .

(٤) إذا قلنا : إن الضمان على العاقلة ، فالكفارة في ماله . انظر الروضة (١٨٣/١٠) .

(٥) أي مع العلم بأنها حامل ، فيكون مقصرا ؛ إذ أقام الحد في هذه الحالة .

(٦) الغرة : عبد أو أمة ، وتكون ديةً للجنين إذا سقط ميتًا بالتعدي على أمه . انظر المصباح المنير (٦٨٢/٢) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « جرى القولان » .

(٨) في الأصل : « قصدوا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) والأصح أنه لا يرجع على العبدین أو الفاسقين ؛ لأنهما يزعمان أنهما صادقان ، ولم يوجد منهما تعدٍّ ، وليس =

فإن قلنا : يرجع ، ففي تعلقه برقبة العبدین ، أو لزومه في ذمتهما خلاف^(١) . وفي الرجوع على المراهق نظر^(٢) ؛ لأن قوله بعيد أن يعتبر الإلزام^(٣) ، ولكن يمكن أن يجعل كجناية حشية ، ولذلك تعلق برقبة العبد على رأي .

فإن كانا فاسقين - ورأينا نقض الحكم بظهور الفسق بعد القضاء - ففي الرجوع عليهم ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يجب كالعبدین .

والثاني : لا ؛ لأنهما من أهل الشهادة [على الجملة]^(٤) .

والثالث : أنه يرجع على المجاهر دون المكاتم ؛ فإن عليه ستر الفسق بخلاف الرق فإنه لا يستر .

أما الجلاذ ، فلا ضمان عليه^(٥) ؛ لأنه كئيد الإمام وسيفه ، ولو ضمن لم يرغب أحد فيه^(٦) ، وكذا الحجام إذا قطع سلعة بالإذن فلا ضمان عليه^(٧) مهما كان القطع مباحا . أما إذا قطع يداً صحيحة بالإذن ، ففي الضمان خلاف ؛ لأن المستحق أسقط

= عليهما إفشاء حالهما ، ولا عليهما إخفاء ما علموه ، والقاضي قد يُنسب إلى تقصير في البحث . انظر الروضة (١٨٤/١٠) . الغاية القصوى (٩٣٨/٢) .

(١) إن قلنا : يرجع على العبدین بالضمان ، فالأصح أنه يتعلق بذمتيهما لا برقتيهما . انظر الروضة (١٨٤/١٠) .

(٢) في (أ) : « الإلزام » . وفي (ب) : « للإلزام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . وقوله : « لأنهما من أهل الشهادة على الجملة » يعني على مذهب ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) . انظر مشكل الوسيط (ج٢ ق ١١٧ ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « حكم الجلاذ - كما قال إمام الحرمين - نادر من النادر ، فإنه قاتل مباحث مختار لا يتعلق به في القتل حق حتى إنه لا كفارة عليه ، مع أن الكفارة أسرغ أحكام القتل ثبوتاً ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج٢ ق ١١٨ أ) .

(٥) يعني لو ضمن الجلاذ لما رغب أحد في هذا العمل أصلاً .

(٦) من قوله : « لأنه كئيد الإمام ... إلى قوله .. فلا ضمان عليه » ساقط من (ب) .

[حقه] ^(١) ولكنه محرم ^(٢) .

ولو قُتِلَ حرٌّ عبدًا ، وأمر الإمام بقتله ، والجلادُ شفعوي ^(٣) ، ففيه وجهان ، يُنظر في أحدهما إلى اعتقاد الجلاد ، وفي الثاني ^(٤) إلى اجتهد الإمام ^(٥) .

وكذا الخلافُ فيما لو كان الإمام شفعويًا ^(٦) فأخطأ بذلك ، والجلادُ حنفي : فالنظرُ إلى جانب الإمام يوجب القصاصَ على الجلاد ^(٧) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قطع يَدًا صحيحة بالإذن ، ففي الضمان خلاف) قلت : هذا الخلاف ذكره في ضمان النفس إذا سرى القطع إلى النفس ، وبنوه على القولين في أن الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أو تثبت للمقتول ثم تنتقل إلى الوارث ؟ . وأما أرش الطرف ، فقطعوا بسقوطه وهكذا ذكر المصنف وشيخه ذلك في باب العفو عن القصاص ، وكلامه هاهنا يُوهم جريان الخلاف في أرش الطرف ، ويوهم أن قوله : (لأن المستحق أسقطه ولكنه محرم) إشارة إلى تعليل الرأيين فيه معًا ، ونحن نُفسره بما يوافق ما عُرِفَ في ذلك ، فنقول : كلامه هذا تعليل منه للقول بسقوط دية النفس بأنه المستحق لها وقد أسقطها في ضمن إباحته وإذنه في القطع الساري ، وإن كان القطع لا يجوز بذلك ، بل هو محرم ، كما يسقط الضمان فيما إذا أذن في إتلاف محرمٍ لماله ، وإن كان الإتلاف محرمًا فاعلم ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٨ / أ) .

(٣) في (ب) : « شافعي » وهو الصواب لغةً ، قال الفيومي : وقول العامة : شفعوي ، خطأ ؛ لعدم السماع ومخالفة القياس . انظر المصباح المنير (٤٨٥ / ١) مادة (ش ف ع) .

وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله في شافعي المذهب : (شفعوي) خطأ ، بل الشافعي مذهبنا والشافعي نسبنا ، سواء في اللفظ عند أهل العلم بالعربية والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٨ / ب) .

قلت : وقوله : (والجلادُ شفعوي) يعني أنه لا يعتقد قُتْلَ الحرِّ بالعبد قصاصًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « والآخر » بدل « وفي الثاني » .

(٥) والأصح عند الشافعية : أنه يجب القصاص والضمان على الجلاد ؛ لأن واجبه الامتناع إلا أن يكون مُكرِّهًا . انظر الروضة (١٨٥ / ١٠) .

(٦) في (ب) : « شافعي » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فالنظر إلى جانب الإمام يُوجب القصاص على الجلاد) وجْهه - مع كون الإمام أذن فيه مخطئًا - أنه بمنزلة ما لو قُتِلَ بغير إذن الإمام ؛ لأن الإمام لو عَرَفَ الحال لما أذن ، والجلادُ عارفٌ ومُقرِّطٌ في كونه لم يُخبر الإمام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٨ / ب) .

وكلُّ هذا إذا كان للجلاد محيِصٌ عن الفعل ^(١) . فإن لم يكن فهو كالمكره - على رأي - وقد ذكرناه / .
١/٢٦٠

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكلُّ ذلك إذا كان للجلاد محيِصٌ عن الفعل) يعني به ما إذا أمره الإمام على وجه لا يخاف من سطوته لو لم يمثل أمره . فإن لم يكن له محيِصٌ ، وهو يخاف من سطوته لو لم يمثل ، فهو على الخلاف المعروف في أن أمر السلطان المخوف من سطوته ، لو خولف ، هل يكون إكراها حتى يسقط - على قول - ما ذكرناه من القصاص ؟ والله أعلم » مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٨ ب) .

الباب الثاني

في دفع الصائل

والنظر في :

المدفوع ، والمدفوع عنه ، وكيفية الدفع .

أما المدفوع ، فلا تفصيل فيه عندنا ، بل كل ما يخاف الهلاك منه ، يُباح دَفْعُهُ ولا ضمان فيه ؛ لأنه مُسْتَحَقُّ الدَّفْعِ ، يَسْتَوِي فِيهِ الْمُسْلِمُ ، وَالْكَافِرُ ، وَالصَّبِي ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالْبَهِيمَةُ ^(١) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب ضمان البالغ ، ويجب ضمان البهيمة الصائلة ^(٢) ، ^(٣) وله في الصبي والمجنون تردد ^(٣) .

واختلف الأصحاب في مسألتين :

إحدهما : جرّة تدهورت ^(٤) من سطح ، أو جدار مُطِل ^(٥) على رأس إنسان فدفعها ^(٦) فكسرها ؛ فمن ناظرٍ إلى أنه مُسْتَحَقُّ الدَّفْعِ ، ومن ناظرٍ إلى أنه ^(٧) لا اختيار لها حتى يُحَالَ عليها ، فصار كالمضطر في الخمصة إلى طعام الغير ، فإنه يأكل وَيَضْمَنُ ^(٨) .

(١) انظر في مذهب الشافعية : مختصر المزني ص (٢٥٨) . منهاج الطالبين ص (١٣٥) . الروضة (١٨٦/١٠) . فتح الوهاب (١٦٧/٢) .

(٢) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في مختصر الطحاوي ص (٢٥٨) . رءوس المسائل ص (٥٠٦) . إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص (٤٤٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وله في المجنون والصبي تردد » .

(٤) تدهورت : يعني وقعت من غُلُو .

(٥) مُطِلٌ : أي مُشْرِفٌ مُسْتَقِلٌ . قاله ابن الصلاح في المشكل .

(٦) قوله : « فدفعها » ساقط من : (أ) ، (ب) . (٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٨) والأصح أنه يجب الضمان عليه كما في الروضة (١٨٦/١٠) . والغاية القصوى (٩٣٩/٢) .

الثانية : إذا اضطر إلى طعام في بيته ، وعلى باب بهيمة صائلة لاتندفع إلا بالقتل ، فهو مردد بين ضرورة ^(١) المخمصة و الصيال ^(٢) ، ففيه وجهان ^(٣) .

وهذا حكم جواز الدفع .

أما جواز الاستسلام فيُنظر : إن كان الصائل بهيمةً أو ذميًا ، لم يَجْزُ ، ووجب الدفع ؛ إذ عهد الذمي ينتقض بصياله ^(٤) . وإن كان مسلمًا محققًا فقولان :

أحدهما : الجواز ^(٥) ؛ لقوله ﷺ لحذيفة (رضي الله عنه) في وصف الفتن ^(٦) : « كُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْمَقْتُولَ ، وَلَا تَكُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْقَاتِلَ » ^(٧) .

والثاني : المنع ^(٨) ؛ لأن الصائل لاحرمة له ؛ لظلمه ، والمصُول عليه محترم . وإنما يؤمر بترك القتل في الفتنة خوفًا من إثارة الفتنة .

(١) في (أ) ، (ب) : « صورة » . (٢) في (أ) ، (ب) : « والصائل » .

(٣) والأصح هنا نَقْيُ الضمان . انظر الروضة (١٨٦/١٠) .

وقال ابن الصلاح : الخلاف المذكور في المسألتين إنما هو في وجوب الضمان مع جواز الدفع قطعًا ، والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٨ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالصيال » . (٥) أي جواز الدفع .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فِي وَصْفِهِ الْفِتَنَ » .

(٧) قال ابن الصلاح : « حديث حذيفة » كن عبد الله المقتول ... ذكر شيخه أنه حديث صحيح ، ولا اعتماد عليه في هذا الشأن ، ولم أجد في كتب الحديث الخمسة المعتمدة . مشكل الوسيط (ق ١١٨ / ب) .

وقال في الروضة : (١٨٨/١٠) : « وإن كان مسلمًا فقولان :

أظهرهما : لا يجب الدفع ، بل له الاستسلام .

والثاني : يجب ، وعن القاضي حسين أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله ، وجب ، وإلا فلا ، والقائلون بجواز الاستسلام ، منهم من يزيد ويصفه بالاستحباب ، وهو ظاهر الأحاديث « أ . هـ . قلت : والحديث المذكور رواه أحمد في مسنده (١١٠/٥) . والدارقطني في سننه (١٣٢/٣) .

(٨) أي : المنع من الاستسلام .

نعم ، يجوز للمضطرين في الخمصة الإيثار ؛ لأن الحرمة شاملة للجميع .

وأما الصبي والمجنون ، فمنهم من ألحقهما بالبهيمة ، ومنهم من طرد القولين . ووجه القطع بالمنع : أَنَّ قَتْلَ الصَّبِيِّ يجب مَنْعُهُ على المكلف إذا قدر كيلا يئوئ بالإنثم ؛ لأنه صورة ظلم^(١) .

أما المدفوع عنه : فله ثلاث مراتب :

الأولى : ما يُخْصُّه ، وهو كُلُّ حَقٍّ معصومٍ : من نفسٍ ، وبُضْعٍ ، ومال وإن قَلَّ حتى يُهْذَرِ الدَّمُ في الدفع عن درهم^(٢) ، وحُكِّي عن الشافعي (رضي الله عنه) قول قديم : أنه لا يُدفع عن المال بالقتل ، وهو غريب .

الثانية : ما يخصّ الغير وهو يقدر على دفعه^(٣) . منهم من طرد القولين في وجوب الدفع ، ومنهم من قطع بالوجوب ؛ إذ لا مَدْخَلَ للإيثار هاهنا ، وهو حَقُّ الغير . ومن الأصوليين مَنْ قطع بالمنع ، وقلّ : ليس شَهْرُ السلاح في مثل ذلك إلى الأحاد ، بل إلى السلطان ؛ لأنه يُحَرِّكُ الفتنَ .

الثالثة : ما يتعلق بمحض حَقِّ الله تعالى ، كشرب الخمر ، فظاهِرُ رَأْيِ الفقهاء

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في توجيه قول مَنْ قطع بوجوب دفع الصبي الصائل ، ولم يُخْرِجْهُ على الخلاف المذكور في وجوب دفع الصائل البالغ ، تفسيره وتقريره : أَنَّ القتل الذي أَرَادَ الصَّبِيُّ الصائل اتباعه بالمكلف المصُول عليه ، يجب على المكلف مَنْعُهُ منه إذا قدر ؛ كيلا يئوئ بصورة الإنثم ؛ لأنه صورة ظلم ، وليس الصَّبِيُّ مستقلاً موكلاً إلى اختياره بخلاف البالغ ، فوجب على هذا المكلف دَفْعُهُ من هذه المفسدة وإن لم يكن وليّاً ؛ لتعلقها به . هذا ما أمكن في تصحيح كلامه هذا ، وكان ينبغي أن لا يعدل إليه عما في « النهاية » و « البسيط » وهو أنه إنما جازله الاستسلام للبالغ على قول ؛ لأن البالغ يئوئ بإثم وإثم نفسه كما قال الله تعالى في قصة هابيل وقايل : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ ثَبِّتَ بآثِمِي وَإِثْمِكَ ﴾ أي تحمله ، وليس الصَّبِيُّ والمجنون كذلك ، فكأنّا كالبهيمة . والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٩/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في دفع عن درهم » والمقصود : أن نفس الصائل يجوز أن تُهْذَرَ إذا أَرَادَ الصائل أَخْذَ المال وإن قَلَّ ، حتى ولو كان المَالُ درهماً ، ولا ضمان على المصُول عليه .

(٣) قال ابن الصلاح : « أي ولا يخاف هلاك نفسه فيه » . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٩/أ) .

وجوب الدفع ؛ بسبب الأمر بالمعروف ، ولو بالسلاح . ومنهم مَنْ منع ذلك إلا للسلطان خوفاً من الفتنة . وذكرنا في ذلك تفصيلاً طويلاً في كتاب «الأمر بالمعروف» من كتب «إحياء علوم الدين»^(١) .

أما كيفية الدفع ، فيجب فيه التدرُّج ؛ فإن اندفع بالكلام لم يُضرب ، أو بالضرب لم يُجرح ، أو بالجرح لم يُقتل ، وإذا اندفع لم يُتَّبَع .

ولو رأى مَنْ يزني بامرأة ، فله دَفْعُهُ إِنْ أُمِيَ ولو بالقتل . فإن هرب فأتبعه وقتله ، وجب القصاصُ عليه إن لم يكن محصناً^(٢) ، فإن كان مُحَصَّنًا فلا قصاص ؛ لأنه مُسْتَحِقُّ القتل وإن لم يكن للآحاد قَتْلُهُ . وكذا من استبدَّ بقطع يد السارق فلا قصاص ، ولكن لا بُدَّ من إقامة بينة عليه ؛ فإنه لا يُشْمَعُ مجرد دعواه للزنا والسرقة .

وتُبنى على هذه القاعدة مسائل :

الأولى : لو قَدَّرَ المصُولُ عليه على الهرب ، فالظاهر أنه ليس له الدفع^(٣) ، ومنهم من جَوَّزَ ، وكأنَّ الموضعَ حقُّه فلا يلزمه الهربُ .

ولو كان الصائل يندفع بسوط ، لكن ليس في يد المصُولِ [عليه]^(٤) إلا ماله ضرب به لجرح : فالظاهرُ جوازُ الضرب ؛ لأنَّ المعتبرَ حاجتُهُ ، وهو لا يقدر على غيره ، ولذلك نقول : الحاذق الذي يَقْدِرُ على الدفع بأطراف السيف من غير جرح ، يَضْمَنُ إِنْ جَرَحَ ، والأخرق الذي يَقْعِزُ عنه لا يَضْمَنُ .

الثانية : لو عَضَّ يَدَ إنسانٍ ، فله أن يسلم يده ، فإن نَدَرَتِ أسنانه^(٥) فلا ضمان ،

(١) انظر إحياء علوم الدين (٢/٢٨٥ - ٣٠٦) .

(٢) أي فإن هرب الزاني ، فاتبعه الدافع وقتله ، فعلى الدافع القصاصُ إن كان الزاني غير محصن ، فإن كان الزاني محصناً فلا قصاص على الدافع ؛ لأنَّ المحصن مستحق الرجم شرعاً بزناه .

(٣) وقال في الروضة (١٨٨/١٠) : « يجب الهرب ؛ لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي سقطت ، وزالت من موضعها . انظر المشكل (ج٢ ق ١١٩/١) . والمصباح المنير (٢/٩٢٢) مادة (ن در) .

وإن لم يقدر على السُّلِّ ، فله أن يَضَعَ السكين في بطنه ، وَيَقْصِرُ أَثْيِيهِ . وقيل : لا يجوز إلا أن يَقْصِدَ الغُصَّوَ الجاني ليندفع . وهو بعيد .

الثالثة : إذا نظر إلى حرم إنسان من صير الباب ^(١) ، وكوة الدار ^(٢) عمدًا ، فله أن يَقْصِدَ عينيه بحصاة ، أو مدرة ^(٣) من غير تقديم إنذار . فلو أعماه الرمي فلا ضمان ، وهذا على خلاف تدريج الدفع ، ولكن نَظَرَ رجلٌ إلى رسول الله ﷺ في حجرته من صير بابه ، وكان بيده عليه السلام مِدْرَى ^(٤) يحكُّ به رأسه ، فقال : « لو علمتُ أنك / ٢٦٠ ب تنظرني ، لطعنْتُ بها ^(٥) عينيك » ^(٦) .

وقال القاضي : لا بد من تقديم الإنذار على القياس ، والحديث محمول ^(٧) على أنه لو ^(٨) أَصَرَ على النظر فلم يندفع بالإنذار . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) . وعكس صاحب « التقريب » وقال : يُسْتَدَلُّ بهذا على أَنَّ الدَفْعَ جائزٌ ابتداءً ^(٩) من غير إنذار ، وَيَتَأَيَّدُ ذلك بقولنا : إنه يجوز قَتْلُ المرتد بغتةً من غير إمهال وإنذار . والمذهب : الفَرَقُ ؛ لأجل الحديث ، ولأن النظر إلى الحرم جنابةٌ تامة ، فَإِنَّ مَرَّاه وانكشف له ، لا يَسْتَرُّ باندفاعه بعده ، فللنظر هذه الخاصية . لكن لاخلاف أنه بعد

(١) صير الباب : شقّه ، كأن يكون بالباب شقوق وَقَحَاتٌ . انظر المصباح المنير (٥٤١/١) مادة (ص ي ر) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كوة الدار » .

(٣) المدرة : طينة يابسة ، وقد يُخَذَفُ بها كما يفعل بحصاة الحذف . قاله ابن الصلاح في المشكل (ج ٢ ق ١١٩ ب) .

(٤) المِدْرَى : حديدة كالمسلة يُفَرَّقُ به الشعر ، ويُسَوَّى .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بهذا » .

(٦) الحديث رواه البخاري (٢٦٠/١١) (٧٩) كتاب « الاستئذان » (١١) باب « الاستئذان من أجل البصر » حديث (٦٢٤١) ، ورواه مسلم (١٦٩٨/٣) (٣٨) كتاب « الآداب » (٩) « تحريم النظر في بيت الغير » حديث (٢١٥٦) . والترمذي (٦١/٢) حديث (٢٧٠٩) جميعا من طرق عن الزهري عن سهل بن سعد مرفوعًا به .

(٧) في (أ) ، (ب) : « على ما لو » .

(٨) كلمة « ابتداء » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الاندفاع لا يُقصد عيئه بالجناية السابقة ، فكأن المسلط هذه الخاصية مع وجود الجناية .
والصحيح : أنه لو استرق السَّمْع من كُوة ، لم يُقصد أذنه من غير إنذار ، وإن كان
ما سمعه قد فات ولكن أمر الكلام أهون من أمر العورات ^(١) ، وفيه وجه : أنه يلحق به .
وإن كان الباب مفتوحاً فَنَظَر لم يُقصد ؛ لأن التقصير من ربِّ الدار .
ولا فَوْقَ بين أن يَنْظُر في الصير من ملكٍ نفسه ، أو من الشارع ، أو من السطح ،
فإنه يُقصد .

هذا إذا كان في الدار حرم غير مستترات ، فإن لم يكن فثلاثة أوجه :
أحدها : الجواز ؛ للعموم ، ولأن الإنسان قد يكون مكشوف العورة .
والثاني : المنع ؛ إذ أُمنَ الاطلاع على المستترة ، وعلى الرجال أسهل .
والثالث : أنه يجوز [القصد إن كان في الدار حرم وإن كنَّ مستترات . وإن لم
يكن إلا الرجال لم يَحْزُر] ^(٢) .

ولا خلاف أنه إن كان للناظر حرم في هذه الدار فيصير ذلك شبهة فلا يُقصد .
ثم إن لم تحصلِ الشرائط وَجَبَ القصاصُ ، وإن حصل ^(٣) ، فرشقَه بنشابة وَجَبَ
القصاصُ ، بل لا يترخص إلا في قصد العين بخشبة ، أو مدرة ، أو بندقة ؛ فقد يخطيء ،
وقد يُصيب ولا يُعْمِي . وأما الرشقُ فَقَتْلٌ صريحٌ ؛ فلا يجوز .

(١) في (ب) : « العورة » .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) . وهذا الوجه الثالث هو الأصح . انظر الروضة (١٩٣/١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن حصلت » .

الباب الثالث

فِيمَا تُتْلَفُهُ الْبَهَائِمُ

(وفيه فصلان)

الفصل الأول^(١)

أَنْ لَا يَكُونَ مَعَهَا مَالُكُهَا

فإن انسرحت في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن انسرحت ليلاً : ضمن ؛ بذلك قضى رسول الله ﷺ^(٢) إذ العادة حفظ الدواب ليلاً من مَلَاكِهَا^(٣) ، وحفظ المزارع نهارًا من أصحابها ، فالتبّع فيه التقصير .

ولو انعكست العادة في موضع انعكس الحكم فيهما ؛ للمعنى مِنْ فَرْقِ رسول الله ﷺ^(٤) .

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) حديث صحيح : رواه أبو داود (٨٢٨/٣) (١٧) كتاب « البيوع والإيجارات » (٩٢) باب « المواشي تُفْسِدُ زَرْعَ قَوْمٍ » حديث (٣٥٦٩) بإسناده إلى محبصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل ، فأفسدته عليهم ، فقضى رسول الله ﷺ : على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل . ورواه ابن ماجه (٨١/٢) (١٣) كتاب « الأحكام » (١٣) باب « الحكم فيما أفسدته المواشي » حديث (٢٣٣٢) ورواه الدارقطني (١٥٤/٣) جميعاً من طرق عن الزهري عن حرام بن محبصة عن أبيه مرفوعاً به . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٣٧/٢) ورواه مالك في الموطأ (٧٤٧/٢) بلفظ : « فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ، ضامنٌ على أهلها » .

والمراد « بالأموال » : الزروع والبساتين . و « الحائط » : عبارة عن النخل المجتمع . وقوله : « فهو ضامنٌ على أهلها » أي : مضمون عليهم ، كقولهم : سِرَّ كَاتِمٌ ، أي : مكتوم . المشكل (ج ٢ ق ١١٩ / ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من مالِكها » .

(٤) قال الحموي : « قوله في الباب الثالث فيما تتلفه البهائم : (وفيه فصلان : الأول : أن لا يكون معها مالِكها ، فإن أَسْرَحَتْ في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن أَسْرَحَتْ ليلاً ضمن ، بذلك قضى رسول الله ﷺ ؛ =

وفيه وجه : أنه لا ينعكس ؛ ^(١) لأن ضبط العادة يَعْسُر ^(١) ؛ فَيَتَّبِعُ الشرع كيفما تقلبت العادات .

= إذ العادة حفظُ الدواب ليلاً من ملاكها ، وحفظُ المزارع من أصحابها ، فالمتبع فيه التقصير ، ولو انعكست العادة في موضع انعكس العرف ، وثبت الحكم فيهما من فرق النبي ﷺ ... إلى آخره .

قلت : ما ذكره الشيخ من قوله : (إذ العادة حفظ الدواب) وهو لفظ الخبر رواه أئمة الحديث . وإذا كان كذلك أوهم بذلك أنه ليس له تعليل إلا عرفُ الناس ودليله الخبر ، وربما اعتُقد فيه أنه كان لا يعرف لفظَ الخبر من غيره .

قلت : أمكن أن يقال : لعله أراد بقوله : (إذ العادة حفظ الدواب) بياناً للخبر حيث قال : (قضى رسول الله ﷺ) وكان ما بعده هو الخبر ، ويحتمل أن يكون مراده بقوله : (إذ العادة) تعليلاً آخر ، ومعنى الخبر في قوله : (بذلك قضى رسول الله ﷺ) ثم ذكر بعده « . إشكالات الوسيط (ق ١٨٠ / أ ، ١٨٠ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ووجهه : أن ضبط العادة يعسر » .

فرعان

أحدهما : أن البهائم أيضًا لاتخلو عن الراعي نهارًا ، ولكن يعذرون في الغفلة عنها إذا سرحت بعيدة من المزارع ، فلو سرحها في جوار المزارع مع اتساع المراعي ^(١) ، فهو مُقَصِّرٌ ؛ فيضمن .

الثاني : لو سرحها ليلاً ، فدخلت البساتين - وأبوابها مفتوحة - لم يضمن ؛ لأن التقصير في البستان من صاحبه ؛ إذ لم يُغلق الباب ، والتقصير من ربّ البهيمة في حقّ المزارع الضاحية .

* * *

(١) في (أ) : « المرعى » .

الفصل الثاني

أن يكون معها مالها

فيضمن مالك الدابة ^(١) ما أتلّفته يديها ^(٢) إذا خبطت ^(٣) ، وبرجلها ^(٤) إذا رمحت ^(٥) ، وبفيها إذا عَصَّتْ ، وكذلك كل ما [كان] ^(٥) يُمكن حفظُ الدابة عنه من غير انسداد رفق الطرق .

أما الضرر الذي يَنْشَأُ من رشاش الوحل ^(٦) ، وانتشار الغبار إلى الفواكه ، فلا ضمان ؛ إذ هو ضرورة الطرق ، ولا يمكن المنع منه . نعم ، لو خالف العادة بالركض في شِدَّة الوحل ، أو ترك الإبل في الأسواق غير مقطرة ، أو ركب الدابة التَّرَقَّة التي لا يُزَكَّب مثْلُها إلا في الصحاري : ضمن ؛ لكونه مقصراً في العادة .

(١) في (أ) ، (ب) : « ما أتلّفت يديها » .

(٢) يقال : خبط البعير الأرض بيده ، يعني ضَرَبَهَا . انظر مختار الصحاح ص (١٦٨) مادة (خ ب ط) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « برجلها » .

(٤) يقال : رمحه الفرس والحمائر ، يعني ضربه برجله . انظر مختار الصحاح ص (٢٥٦) مادة (ر م ح) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الرّجل » .

فروع

(الأول) : لو أفلت الدابة ليلاً عن الرباط ، فهو كما لو غَلَبَتْ صاحبها ، وقد ذكرناه في باب « الاصطدام » .

(الثاني) : لو تخرق ثوبُ إنسانٍ بحطبٍ على دابة ، وهو مقابل ومبصر ^(١) ووجدته منحرفاً فلا ضمان . وإن كان مستديراً ، أو ناداه ^(٢) المالك مُنْبَهُاً ، فكمثله . وإن لم يُنَبِّهْهُ ضمن صاحبُ الدابة .

(الثالث) : إذا أدخل ^(٣) الدابة مزرعةً ، فأخرجها صاحبُ المزرعة ، فانسحرت في مزرعةٍ غيره : فلا ضمانٌ على المخرج . فإن كانت مزرعةٌ محفوفةٌ بالزُّرَّاع ^(٤) فلا يمكن إخراجها ^(٥) إلا به فيضمن ؛ إذ عليه الصَّبْرُ ليرجع على رَبِّ البهيمة ^(٦) . ومهما كان رب الدابة مقصراً ، ولكن مالك الزرع حاضرٌ وقادرٌ على التنفير فلم يفعل ، فلا ضمان ؛ إذ هو المقصّرُ بِتَرْكِ التنفيرِ في العادة .

(الرابع) : الهرة المملوكة إذا قَتَلَتْ طَيْرَ إنسانٍ ، أو قلبت قِدره ، ففي وجوب الضمان / على مالِها أربعة أوجه :

أحدها : أنه لا ضمان ؛ إذ ما جَرَتْ العادةُ برِبط السنانير ليلاً ونهاراً .

والثاني : يجب ؛ إذ يمكن شدُّ الروازن وغَلْقُ الأبواب حتى لا تخرج ^(٧) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ويصر » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وناداه » وهو الصواب .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا دخلت » . (٤) في (أ) ، (ب) : « بالزراع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إخراجها » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (عليه الصَّبْرُ ليرجع على رَبِّ البهيمة) في بعض النسخ (إلى رب البهيمة) أي ليكون هو الذي يخرج بهيمته ويتقلد ذلك . وفي بعض النسخ (على أن يرجع عليه الغرم) وهذا هو المذكور في « النهاية » و « البسيط » والله أعلم . مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٩ ب) .

(٧) وهذا هو الأصح ؛ لأنَّ مثل هذه الهرة يُنبغي أن تربط ويُكفَّ شَرُّها . انظر الروضة (١٠ / ١٩٩) .

والثالث : أنها كالدابة ، يجب حفظها ليلاً لانهاراً ^(١) .

والرابع : بالعكس ؛ فإن الأطعمة تُصان بالليل دون النهار .

(الخامس) : الهرة الضارية بالطيور والإفساد ، أو تنجيس الثياب ، قال القاضي : يجوز قتلها في حال سكونها ؛ لأنها التحقت بالفواسق ، فأشبه ^(٢) الذئب الذي لايجلُّ اقتناؤه . وقال القفال : لايجل ؛ لأن هذه ضراوة عارضة على خلاف الجنس ، فتدفع في حال الضراوة فقط ^(٣) .

والكلب الضاري كالهرة ، والأولى تشبيهه بالذئب .

= وقال ابن الصلاح : « قوله : (غلق الأبواب) لحن ، وإنما الصواب (إغلاق الأبواب) لأنه رباعي ، وقد قال في ذلك ونحوه شاعر :

ولا أقول ليقدر القوم : قد غلِيت ولا أقول لباب الدار : مغلق

مشكل الوسيط (ج ٢ ق ١١٩ / ب) .

(١) في الأصل : « ليلاً ونهاراً » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٢) في (أ) : « فأشبهت » .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٠٠) .

فهرس محتويات المجلد السادس

الصفحة	الموضوع
3	كتاب الإيلاء . وفيه بابان
5	الباب الأول : في أركان الإيلاء ، وأركانه أربعة :
5	الركن الأول : الحالف .
5	مسألة : هل يصح إيلاء الكافر ؟
8	الركن الثاني : المحلوف به . وفيه ستة أقسام :
8	القسم الأول : الحلف بالله أو بصفة من صفاته .
9	القسم الثاني : الحلف بالتزام العبادات .
9	القسم الثالث : الحلف بالعتق .
11	القسم الرابع : الحلف بالطلاق .
12	القسم الخامس : في اليمين التي تقرب الوطء من الالتزام .
14	القسم السادس : في شروط لفظ الإيلاء .
15	مسألة : إذا آلى في حال الرضا فهل يُعدّ إيلاء ؟
16	الركن الثالث : في المدة المحلوف عليها .
18	الركن الرابع : في ألفاظ المحلوف عليه ، وهو ثلاثة أقسام :
18	القسم الأول : الألفاظ الصريحة التي لا تقبل التأويل .
18	القسم الثاني : ما هو صريح في الظاهر وتطرق إليه التدين .
18	القسم الثالث : الكنايات في الإيلاء .
19	الباب الثاني : في حكم الإيلاء الصحيح ؛ وهي أربعة :
20	(الفصل الأول) : في المدة ، وهي تحتسب من وقت الإيلاء .
20	مسألة : إذا مضت مدة الإيلاء ، فهل يقع الطلاق بمضيها أم يرفع الأمر إلى القاضي ؟ .
20	مسألة : هل تختلف مدة الإيلاء بحسب رُق الشخص أو حرّيته ؟ .
23	(الفصل الثاني) : في مطالبة الزوج بالفيعة ؛ وفيه مسائل :
23	الأولى : أن للزوجة رُفْع الأمر إلى القاضي ، فإن تركت المطالبة فلها العود إلى المطالبة ، إن شاءت .

- 23 الثانية : لا مطالبة بالفيئة لغير الزوجة .
- 23 الثالثة : لا مطالبة للزوجة إذا كان فيها مانع ؛ طبعاً أو شرعاً .
- 23 الرابعة : إذا كان المانع في الزوج ؟ .
- 25 (الفصل الثالث) في دفع المطالبة .
- 25 لاتدفع المطالبة إلا بالوطء من القادر أو الفيئة باللسان من العاجز أو الطلاق
- 25 فرع : إذا غاب الزوج إلى مسافة أربعة أشهر .
- 26 (الفصل الرابع) : فيما تكون به الفيئة .
- 26 فرع : لو تنازع الزوجان في حصول الوطء في المدة ؟ .
- 26 كتاب الظهار ، وفيه بابان :
- 28 الباب الأول : في أركانه وموجب ألفاظه ؛ وفيه فصلان :
- 29 (الفصل الأول) : في أركان الظهار ؛ وهي أربعة :
- 29 الركن الأول : المظاهر .
- 29 مسألة : هل يصح ظهار الذمي ؟ .
- 30 الركن الثاني : المظاهر عنها .
- 30 الركن الثالث : اللفظ .
- 30 الركن الرابع : في المشبه به .
- 33 (الفصل الثاني) : في موجب الألفاظ ؛ وفيه مسائل :
- 33 الأولى : لو قال : مهما ظاهرتُ عن ضَرَّتِكَ ، فأنتِ عليّ كظهر أُمي ؟
- 34 الثانية : أن يظاهر عن امرأة ، ويقول للأخرى : أشركتك معها ؟ .
- 34 الثالثة : إذا قال : أنتِ طالق كظهر أُمي ؟ .
- 34 الرابعة : إذا قال : أنتِ عليّ حرام كظهر أُمي ؟ .
- 35 الخامسة : إذا قال : أنتِ عليّ حرام ؟ .
- 36 الباب الثاني : في حكم الظهار الصحيح ؛ وله حكمان :
- 36 الحكم الأول : تحريم الجماع إلى أن يُكفّر عن هذا الظهار .
- مسألة : إن كَفَرَ عن ظهاره بالإطعام ، فهل يجوز له الوطء قبل إتمام
- 36 إطعام ستين مسكيناً ؟ .
- 37 تحريم الزوجة على المظاهر يقتصر على تحريم الجماع فقط .

- 38 الحكم الثاني : وجوب الكفارة ، وهو متعلق بالعود .
مسائل في الظهار :
- 39 الأولى : إذا مات عقيب الظهار ؟ .
- 40 الثانية : إذا ظاهر عن زوجته الرقيقة ثم اشتراها على الفور ؟ .
- 41 الثالثة : لو علق الظهار على فعل غيره ؟ .
- 41 الرابعة : إذا قال : أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر ؟ .
- 42 الخامسة : إذا قال لأربع نسوة : أنتن علي كظهر أمي ؟ .
- 42 السادسة : إذا كرر لفظ الظهار على الاتصال ؟ .
- 43 السابعة : إذا جُنَّ عقيب الظهار ؟ .
- 45 كتاب الكفارات ، وهي ثلاثة :
الأولى : العتق .
- 47 شروط الرقبة المعتقة في الكفارة .
- 47 الشرط الأول : الإسلام .
- 48 مسألة : هل يشترط الإيمان في الرقبة المعتقة في الكفارة ؟
- 49 الشرط الثاني : السلامة من العيوب
- 49 مسألة : هل يجزئ إعتاق غير السليم في الكفارة ؟ .
- 50 الشرط الثالث : كمال رق الرقبة المعتقة في الكفارة .
- 53 الشرط الرابع : أن يكون العتق خاليا عن العوض .
- 53 مسائل في التماس عتق الرقبة عن الكفارة .
- 55 الشرط الخامس : النية .
- 56 فرع : لا يشترط تعيين النية في الكفارات عند الشافعية .
- مسألة : إذا كان عليه كفارتان للقتل والظهار - مثلا - فأعتق رقبة
ولم يحدد أيهما ، فهل تقع عن إحدهما ؟ .
- 58 الخصلة الثانية من الكفارات : الصيام ؛ وفيه نظران :
- 58 النظر الأول : فيما يجوز العدول إليه عند العجز عن الإعتاق .
- 61 النظر الثاني : في حكم الصوم ، وفيه مسائل :
- 61 الأولى : أنه يجب عليه تَبَيُّت النية .

- 62 الثانية : يصوم شهرين بالأهلية .
- 62 الثالثة : لزوم التتابع في كفارة الظهار .
- 62 مسألة : إذا وطئ المظاهر منها ليلاً متعمدا هل يفسد تتابع صيامه ؟ .
- 63 الرابعة : إذا لزم المرأة كفارة الصيام ، فلا يقطع الحيض تتابع صومها .
- 64 الخصلة الثالثة في الكفارة : الإطعام .
- 64 متى يُعدل إلى الصيام ؟ .
- 65 أحكام الإطعام في الكفارة .
- 65 مسألة : هل يجوز صَرْف كفارة الإطعام إلى شخص واحد أو لا بد من ستين ؟
- 67 كتاب اللعان
- 67 ويشتمل على قسمين :
- 70 القسم الأول : في القذف ، وفيه بابان :
- 71 الباب الأول : فيما يكون قذفاً من كافة الخلق وفي موجه ، وفيه فصلان :
- 71 (الفصل الأول) : في ألفاظ القذف ، وهي ثلاثة أقسام :
- 71 الأول : الصريح .
- 71 الثاني : الكناية .
- 72 الثالث : التعريض .
- 72 مسألة : إذا عَرَضَ بإنسان في الزنا ، فهل يكون قذفاً ؟ .
- 73 مسائل في القذف :
- 73 الأولى : إذا قال لامرأة : زنيْتُ بك ، فعليه حدان .
- 73 الثانية : إذا قال لامرأة : يازنية ، فقالت : أنت أزنى مِنِّي ؟ .
- 74 الثالثة : إذا قال لرجلي : يازانية ؟ .
- 75 الرابعة : إذا قال : زني فرجك ؟ .
- 76 الخامسة : إذا قال لولده : لست مِنِّي ، أو لست ولدي ؟ .
- 76 السادسة : إذا قال للولد المنفي باللعان : لست من الملائع ؟ .
- 78 (الفصل الثاني) : في موجب القذف .
- 78 القذف يُوجب التعزير إلا إذا صادف محصناً فيوجب الحدَّ ثمانين جلدة .
- 78 فروع :

- الأول : لو زنى المقدوف - بعد القذف وقبل إقامة الحدّ على قاذفه - فهل يسقط الحدّ ؟ . 78
- الثاني : مَنْ زنى مرةً في عمره ، ثم عاد وحسنت حاله ، فهل على قاذفه حدّ ؟ . 79
- الثالث : لو طلب القاذف أن يحلف المقدوف أنه ما زنى ، فهل يُجَاب إلى ذلك ؟ . 79
- الرابع : مسألة : إذا مات المقدوف قبل استيفاء حدّ القذف ، فهل يثبت الحدّ والتعزير لوارثه ؟ . 79
- الخامس : إذا قُذِف مجنون بزناً قبل الجنون ، فيجب الحدّ ولكن لا يُستوفى إلا بعد إفاقة . 81
- الباب الثاني : في القذف بين الأزواج خاصةً ، وفيه فصول : 82
- قذف الزوج زوجته كقذف الأجنبيّ ، ولكن يفارقه في ثلاثة أمور : 82
- أحدها : أنه قد يباح للزوج القذف ، وقد يجب عليه لضرورة نفى النسب . 82
- الثاني : أن عقوبة القذف تندفع عن الزوج باللعان . 82
- الثالث : أن الزوجة تتعرض لحدّ الزنا إلا إذا دفعت عن نفسها باللعان . 82
- يُباح للزوج القذف إذا استيقن أن زوجته زنت أو كان ذلك بغلبة الظن . 82
- متى ينفي الزوج الولد عن نفسه ؟ . 83
- مسألة : إذا آتت بولد بعد العقد عليها بستة أشهر ولكن لم يوجد التقاء بينها وبين زوجها ، فهل يلحق به الولد ثم يلاعن لنفيه ، أم لا يلحق به أصلاً ؟ . 84
- فرع : إذا آتت بولد بعد مدة الإمكان ، ولكن الزوج رآها تزني فهل ينفيه ؟ . 84
- (الفصل الثاني) : في أركان اللعان ومجاريه . 86
- أركان اللعان ؛ الركن الأول : فائدة اللعان . 86
- فرعان : 87
- الأول : أن طلب العقوبة من حق الزوجة المقدوفة ، فإن عَفَتْ ، فهل يلاعن إذا لم يكن غرض آخر كنسبٍ يُدْفَع ؟ . 87
- الثاني : إذا قال لزوجته : زنى بك ممسوح ، أو قال للرتقاء : زنيبت ، ففيه التعزير . 88
- الركن الثاني : الملاعن ، وشرطه أمران : 88
- الشرط الأول : أن يكون أهلاً لليمين . 88
- مسألة : هل يصح لعان الذمي والمحدود في القذف ؟ . 88
- الشرط الثاني : أن يكون زوجاً لمن يلاعنها . 89
- مسألة : هل يُشترط لجواز اللعان تعلّق جميع فوائده به ؟ . 89

- 91 فروع :
- 91 الأول : إذا قذف زوجته ، فَلَا عَن ، ثم أبانها ، ثم قذفها ؟ .
- 93 الثاني : إذا قذف أجنبيةً ، ثم نكحها ، ثم قذفها ، فهل يتعدد الحد ؟ .
- 93 الثالث : النسب في ملك اليمين لا يحتاج نفيه إلى لعان .
- 94 الركن الثالث : القذف .
- 95 مسألة : هل يُشترط في قذف الزوجة أن يراها تزني ؟ .
- 96 (الفصل الثالث) : في فروع متفرقة ، وهي خمسة :
- 96 الأول : إذا قذفها بأجنبيٍّ وسَّاءَ فهل يُحدّ لهذا الأجنبي ؟ .
- 97 الثاني : إذا قذف نسوةً بكلمة واحدة ، فهل يتعدد الحد ؟ .
- 98 الثالث : إذا ادعت على زوجها أنه قذفها ، فأنكر ذلك ، فأقامت البينة فأراد أن يلاعن ؟ .
- 99 الرابع : إذا امتنع الزوج أو الزوجة عن اللعان ، ثم رَجَعَا وطلبا اللعان ؟
- 99 الخامس : إذا قال : زنيْتُ عندما كنتِ مجنونة أو مُشركة ؟ .
- 100 الركن الرابع : في صيغة اللعان ؛ وفيه ثلاثة أمور :
- 100 الأمر الأول : في أصل كلمات اللعان .
- 100 مسألة : إذا اقتصر الملاعن في لعانه على ثلاث مرات ، فهل يتم لعانه ؟ .
- 101 فروع ثلاثة :
- 101 الفرع الأول .
- 101 مسألة : هل يصح لعان الأخرس وقَدْفُهُ ؟ .
- 102 الفرع الثاني : الأعجميُّ العاجز عن العربية ، يُلقَّن معنى اللعن ، ومعنى الغضب بلغته .
- الفرع الثالث : لو مات الزوج في أثناء كلمات اللعان لم ينقطع
- 102 النكاح ويلحقه النسب .
- 103 الأمر الثاني في اللعان : التعليلات الواردة فيه .
- 105 الأمر الثالث في اللعان : السنن الواردة في ذلك .
- 107 الباب الثالث : في أحكام اللعان ، وحكم الولد خاصةً .
- 107 أحكام اللعان خمسة .
- مسألة : هل يتم التفريق بين المتلاعنين بإتمام لعان الزوج ، أم لا يتم
- 107 إلا بلعان الزوجين معًا وتفریق القاضي ؟ .

- 107 مسألة : إذا لاعن الزوج ولم تلاعن المرأة ، فهل يجب إقامة الحدّ على الزوجة ؟ .
- 108 مسألة : إذا أكذب الملاعنُ - بعد لعانه - نفسه ، فهل يجوز له مراجعة زوجته ؟
- 108 حكم الولد ؛ وفيه ثلاثة فصول :
- 109 (الفصل الأول) : فيمن يُلحقه النسب .
- 110 (الفصل الثاني) : في أحوال الولد ؛ وله ثلاثة أحوال :
- 110 الحالة الأولى : أن يكون حملاً ، وهل يجوز نفّيه باللعان قبل ولادته ؟
- 110 الحالة الثانية : أن يكونا توأمين من بطن واحدة ، فلا يتبعُض نفّيهُما .
- 111 فرعان :
- 111 الأول : إذا أراد أن ينفي توأمين فأكثر ، فيكفيه لعانٌ واحد .
- 111 الثاني : التوأمين المنفيان باللعان أخوان من الأم ، وهل يتوارثان بأخوة الأب ؟ .
- 111 الحالة الثالثة : أن يموت الولد ، فللزوجة أيضاً أن يلاعن .
- 111 إذا استحق الزوج الولدَ - بعد اللعان - لحقه .
- 112 (الفصل الثالث) : فيما يُسقط حقّ الزوج في نفي الولد .
- 113 كتاب العدد : وفيه ثلاثة أقسام :
- 114 عدة الطلاق ، وعدة الوفاة ، وعدة الاستبراء في ملك اليمين .
- 114 القسم الأول : عدة الطلاق ؛ وفيه بابان :
- 115 الباب الأول : في عدة الحرائر والإماء ، وأصناف المعتدات ، وأنواع عدتهن .
- 115 العدة ثلاثة أنواع : الأقراء ؛ والأشهر ؛ والحمل .
- 116 أصناف للمعتدات ؛ وهن خمسة :
- 117 الصنف الأول : المعتادة ؛ وعدتها ثلاثة أقراء على العادة .
- 117 مسألة : ما المقصود بالقرء ؟ .
- 119 الصنف الثاني : المستحاضة ؛ ولها ثلاثة أحوال :
- 120 الصنف الثالث : الصغيرة ؛ وعدتها بالأشهر إلى أن تحيض .
- 122 الصنف الرابع : التي تباعدت حيضُها .
- 127 النوع الثاني بالأشهر ، وذلك في الصبية والآيسة .
- 128 النوع الثالث : عدة الحامل ؛ وفيه فصلان :
- 128 (الفصل الأول) : في شروطه ؛ وهما شرطان :

- 128 الشرط الأول : أن يكون الحمل من الزوج أو ممن منه العدة .
- 128 مسألة : إذا مات الصبي المتزوج أو فُسخ نكاحه ، فولدت زوجته من الزنا ،
فهل تنقضي به العدة ؟ .
- 129 فرعان :
- 130 الشرط الثاني : وضع الحمل التام ؛ وفيه ثلاث مسائل :
- 130 إحداها : إذا كانت حاملاً بتوأمين ، فلا تنقضي العدة بوضع الأول ، حتى تضع الثاني .
- 130 الثانية : لو انفصل بعض الجنين لم تنقض العدة حتى ينفصل بكماله .
- 130 الثالثة : إذا أجهضت جنيناً ، فهل تنقضي به عدتها ؟ .
- (الفصل الثاني) : في ظهور أثر الحمل ، وحقيقته ، بعد الاعتداد بالأقراء ؛
وفيه مسائل :
- 132 الأولى : المعتدة بالأقراء إذا ارتابت ، وتوهّمت حملاً ، بعد تمام الأقراء ؟ .
- 132 الثانية : إذا اعتدت بالأقراء ، ولم تتزوج ، فأنت بوليد لزمان يحتمل
أن يكون من الزوج ؛ ألحق به .
- 133 مسألة : ما هي أقصى مدة الحمل ؟ .
- 133 الثالثة : إذا نكحت ، ثم أتت بولد لزمان يحتمل أن يكون من
الأول ومن الثاني ، جميعاً ؛ ألحق بالثاني .
- 134 الرابعة : في النزاع في وقت الولادة .
- 134 الباب الثاني : في تداخل العدتين عند تعدّد سببه .
- 136 سبب تداخل العدتين : الوطء ، أو الطلاق .
- 136 إذا كان الوطء من شخص واحد ، كأن يطلقها ثم يطؤها بالشبهة ؟
- 138 مسألة : إذا طلقها ، فوطئها بالشبهة غيره ، فهل تتداخل العدتان ؟ .
- 139 مسائل في تداخل العدتين ، وكيفية الرجعة ، وانقطاع العدة .
- 142 فروع :
- 142 الأول : لا تنقضي عدة الزوج إذا كان يعاشرها معاشرة الأزواج .
- 142 الثاني : عدة نكاح الشبهة تحسب من وقت التفريق أو الوطء ؟ .
- الثالث : إذا نكح معتدة على ظن الصحة ووطئها ، انقطع عدة
النكاح بما طراً ؛ وفي وقت انقطاعه قولان .
- 143

- 143 الرابع : مَنْ نكح معتدة بالشبهة ، لم تحرم عليه على التأييد .
- الحامس : إذا طلق الرجعية طلبة أخرى بعد المراجعة ، فهل تستأنف
143 العدة أو تبني على ما مضى ؟
- السادس : لو خالع زوجته بعد المسيس ، ثم جدّد نكاحها ، وطلقها
145 بعد المسيس ؛ لم يكن عليها إلا عدة واحدة .
- القسم الثاني من كتاب العدد : في عدة الوفاة وحكم الشكني ؛
وفيه بابان :
- 146 الباب الأول : في موجب العدة وقدرها وكيفيتها ؛ وفيه فصول :
- 146 (الفصل الأول) : في الموجب والقدر .
- 146 المتوفى عنها زوجها عليها عدة الوفاة ، بنى بها زوجها أو لم يَبْنِ .
- 146 مسألة : إذا مات عن الأمة زوجها ، فكم عدتها ؟ .
- 147 فرع : لو طلق إحدى امرأته على الإبهام ، ومات قبل البيان ؟ .
- 148 (الفصل الثاني) : في المفقود زوجها .
- 149 (الفصل الثالث) : في الإحداد على الزوج الميت .
- 153 الباب الثاني : في الشكني ، وفيه أربعة فصول :
- 153 (الفصل الأول) : فيمن تستحق الشكني .
- 155 (الفصل الثاني) : في أحوال المعتدة التي يُباح لها مفارقة المسكن .
- 155 أعذار خروج المعتدة من المسكن .
- 156 (الفصل الثالث) فيما يجب على الزوج في سكنى مُطَلَّقتة ؛ وفيه مسائل :
- المسألة الأولى : إذا كانت الدار - التي تقضي فيه المعتدة - مملوكة
للزوج ، لم يَجْزُ له إخراجها منه .
- 157 فرع : إذا أراد بيع الدار - التي تقضي فيه المطلقة عدتها - لم ينعقد هذا البيع .
- 157 المسألة الثانية : إذا كانت الدار مستعارة ؟ .
- 157 المسألة الثالثة : للمطلقة أن تطلب مسكنًا يليق بها .
- 158 المسألة الرابعة : إذا أراد الوارث إسكانها - تبرعًا - في عدة الوفاة ، فلها أن تسكن .
- 159 (الفصل الرابع) : في بيان مسكن النكاح ؛ وفيه مسائل :
- الأولى : إذا أذن لزوجته في الانتقال إلى دار أخرى مملوكة له ثم طلقها

- 159 قبل الانتقال : لازمت المسكن الأول .
- 159 الثانية : إذا خرجت إلى سفر ياذنه ، فطلقها بعد مفارقة عمارة البلد ، فأين تقضي عدتها ؟ .
- 160 الثالثة : إذا كان سفرها سَفَرٌ نزهة ثم طلقها ؟ .
- 161 الرابعة : إذا أذن لها في الإحرام ، وطلَّقها قبل الإحرام : فلا تُحَرِّم .
- 161 الخامسة : إذا رحل أهلها من البلدة فلها أن ترحل معهم .
- السادسة : إذا صادفها الطلاق في بلدة ، فقال لها : ارجعي ،
- 161 فقالت : طُلِّقْتُ بعد الإذن في الانتقال ؟ .
- القسم الثالث من كتاب العدد : الاستبراء بسبب ملك اليمين ، وفيه ثلاثة فصول :
- 163 (الفصل الأول) : في قدر الاستبراء وشروطه وحكمه .
- 163 للمستبرأة ثلاثة أحوال :
- 163 أحدها : أن تكون من ذوات الأقراء ، فاستبرأؤها بقراء واحد .
- 164 الحالة الثانية : أن تكون من ذوات الأشهر .
- 164 مسألة : إذا عَتَقَتْ أُمُّ الولد ، فكم تتربص لاستبراء رحمها ؟ .
- 165 الحالة الثالثة : أن تكون حاملاً ، فعدتها بوضع الحمل .
- 165 حكم الاستبراء .
- 165 شرط الاستبراء .
- 167 (الفصل الثاني) : في سبب الاستبراء .
- 167 السبب الأول : جَلْبُ الملك .
- 169 السبب الثاني : زوال الملك .
- 169 مسألة : إذا كان له جارية ووطئها ، فأراد أَنْ يُزَوِّجَهَا ، فهل يلزم استبرأؤها من سيدها ؟ .
- 169 فرع .
- 173 (الفصل الثالث) : فيما تصير به الأمة فراشاً .
- 177 كتاب الرضاع ، وفيه أربعة أبواب :
- 179 الباب الأول : في أركان الرضاع وشروطه .
- أركان الرضاع ثلاثة :
- 179 الأول : المرضع .
- 180 الثاني : اللبن .

- 181 الثالث : المحلل .
- 182 يُشترط في الرضاع المحرّم شرطان :
- 182 الشرط الأول : أن يكون الرضاع في الحولين الأولين .
- 182 مسألة : ماهي مدة الرضاع المحرّم ؟ .
- 183 فرع : لو شككنا في وقوع الرضاع في الحولين ؟ .
- 183 الشرط الثاني : عدد الرضاع .
- 183 مسألة : كم عدد الرضعات المحرّمات ؟ .
- 184 كيف تحتسب الرضعة ؟ ن
- 184 إذا تعدد المرضع واتحد الفحل ؟ .
- 185 فرع : يعتبر في الرضعة تَحْلُلُ فَضْلٍ بين رضعات الزوجات .
- 186 الباب الثاني : فيمن يَحْرُمُ بالرضاع .
- 186 مسائل تتعلق بالفحل المنسوب إليه اللبن .
- 191 الباب الثالث : في بيان الرضاع القاطع للنكاح ، وحكم الغُرم فيه .
- 191 الغُرم .
- 191 التفاف المصاهرة بالرضاع .
- الصورة الأولى : إذا كان له زوجتان : صغيرة وكبيرة ، فأرضعت
- 194 الكبيرة الصغيرة بلبان الزوج : حرمتا عليه على التأيد .
- 194 الصورة الثانية : إذا كان تحته كبيرة وثلاث صغار ، فأرضعتهم دفعة ؟
- الصورة الثالثة : إذا كان تحته كبيرة وثلاث صغائر ، وللكبيرة ثلاث
- 196 بنات كبار ، فأرضعت كل بنت كبيرة للكبيرة صغيرة ؟ .
- الصورة الرابعة : إذا كان تحته كبيرتان وصغيرتان ، فأرضعت
- 196 كبيرة بلبانه الصغيرتين على الترتيب ، وكذلك فعلت الكبيرة الثانية ؟
- 198 الباب الرابع : في النزاع في الرضاع .
- 198 الدعوى .
- 198 التحليف .
- 198 الشهادة ؛ ولها طرفان :
- 198 الطرف الأول : عدد الشهود وصفتهم .

- 198 مسألة : عدد شهود الرضاع ، وهل تُقبل فيه شهادة الرجل ؟ .
- 199 الطرف الثاني : في تحمل الشهادة .
- 203 كتاب النفقات .
- 203 الأسباب الموجبة للنفقات ثلاثة :
- 203 السبب الأول : الزوجية ، وفيه ثلاثة أبواب :
- 204 الباب الأول : في قدر النفقة ، وكيفية الإنفاق ؛ وفيه فصلان :
- 204 (الفصل الأول) : في مقدار النفقة ؛ وهي سبعة أشياء :
- 204 الواجب الأول : الطعام
- 204 مسألة : هل تُقدَّر نفقة المرأة في الطعام ؟ أو يكون ذلك على الكفاية ؟ .
- 206 الواجب الثاني : الأُدم .
- 206 الواجب الثالث : الخادمة .
- 209 الواجب الرابع : الكسوة والأثاث
- 209 الواجب الخامس : آلة التنظيف .
- 210 الواجب السادس : السكنى .
- 211 (الفصل الثاني) : في كيفية الإنفاق .
- 211 فروع في النفقة .
- 212 فروع في الكسوة .
- 214 الباب الثاني : في مسقطات النفقة .
- 214 متى تجب نفقة الزوجة على زوجها ؟ .
- 214 موانع النفقة أربعة :
- 214 المانع الأول : النشوز .
- فروع في النشوز :
- 215 الأول : لو خرجت بغير إذنه فهي ناشزة .
- 215 الثاني : إذا طلب أن تُزَفَّ إليه ، فامتنعت بغير عذر ، فهي ناشزة .
- 215 الثالث : إذا نشزت ، فغاب الزوج ، فعادت إلى المسكن ، فهل تعود النفقة ؟ .
- 216 المانع الثاني : الصُّغَر .
- 216 المانع الثالث : التلبُّس بالعبادات ؛ وفيه تفصيل .

- 218 المانع الرابع : العدة ؛ والمعتدات خمس .
- 218 الأولى : إذا وُطئت المتزوجة بشبهة ؟ .
- 218 الثانية : المعتدة عن طلاق رجعي .
- 218 الثالثة : المطلقة البائنة .
- 218 مسألة : المطلقة البائن ، هل لها السكنى والنفقة ؟ .
- 219 الرابعة : المعتدة عن فراق الفسخ .
- الخامسة : المعتدة الحامل عن وطء الشبهة إذا لم تكن متزوجة
- 220 فهل تستحق نفقة على الواطيء .
- 222 الباب الثالث : الإعسار بالنفقة ، وفيه خمسة أطراف :
- 222 هل الإعسار بالنفقة ، يُثبت للزوجة حق فسخ النكاح ؟ .
- 222 الطرف الأول : حقيقة العجز عن النفقة .
- 223 الطرف الثاني : المعجوز عنه .
- مسألة : إذا ترك الزوج الإنفاق على زوجته مدةً ، فهل تسقط بمضي
- 223 الزمان إذا لم يفرضها القاضي ؟ .
- 224 الطرف الثالث : في حقيقة هذا الفسخ ، وهل يُعدّ طلاقاً ؟ .
- 225 الطرف الرابع : في وقت الفسخ .
- 226 الطرف الخامس : مَنْ له حق الفسخ بالإعسار بالنفقة .
- 227 إذا منع الزوج النفقة ، فهل للزوجة أن تمنع نفسها منه ؟ .
- 228 السبب الثاني : النفقة : للقرابة ؛ وفيه ثلاثة أبواب :
- 228 الباب الأول : شروط استحقاق النفقة ، وكيفية الإنفاق ؛ وفيه فصلان :
- 228 (الفصل الأول) : شروط استحقاق النفقة .
- 228 مسألة : من هو القريب الذي تجب له النفقة على قريبه ؟ .
- 229 يُشترط في استحقاق النفقة إعسار المنفق عليه ويسار المنفق .
- 230 هل يحل للكسوب أن يسأل ؟ .
- 230 اليسار الذي يتعلق به وجوب النفقة .
- 232 (الفصل الثاني) : في كيفية الإنفاق .
- 232 نفقة القريب تكون على الكفاية ، ولا تقدير فيها .

232

فروع :

الأول : إذا كان الأب كسوبًا ولا يفي كسبه إلا بنفسه ، فهل يجب

232

على الابن أن ينفق على زوجة أبيه ؟ .

232

الثاني : إذا منع الأب النفقة ، فهل للأم أخذ النفقة من ماله دون إذنه ؟

232

الثالث : لا يقتض القريب على قريبه ، بل يرفع أمره للقضاء .

233

الرابع : يجب على الأم أن ترضع الولد اللبن .

234

الباب الثاني : في ترتيب الأقارب عند الاجتماع ، والنظر في أربعة أطراف :

234

الطرف الأول : في اجتماع الأولاد .

234

الطرف الثاني : في اجتماع الأصول .

236

الطرف الثالث : في اجتماع الأصول والفروع .

236

الطرف الرابع : في ازدحام الآخذين للنفقة .

238

الباب الثالث : في أحكام الحضانة ؛ وفيه فصول :

238

(الفصل الأول) : الصفات المشروطة في الحضانة .

240

(الفصل الثاني) : فيمن تجب الحضانة .

240

مسألة : من الأولى بحضانة الطفل ؟ .

243

(الفصل الثالث) : في تراحم الحاضنين ؛ وفيه أطراف :

243

الطرف الأول : اجتماع النسوة الحاضنات ؛ وفيه ثلاث مسائل :

244

المسألة الأولى : الأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم .

244

المسألة الثانية : لا مدخل في الحضانة لكل جدة ساقطة في الميراث .

المسألة الثالثة : القرية الأنثى ، هل لها ولاية الحضانة على غير مخرم لها ،

244

ابن خالتها مثلاً ؟ .

245

الطرف الثاني : في اجتماع الذكور الحاضنين

245

الطرف الثالث : في اجتماع الذكور والإناث الحاضنين .

247

السبب الثالث للنفقة : ملك اليمين ؛ وفيه مسائل :

247

الأولى : نفقة المملوك تكون على الكفاية .

247

الثانية : استحباب إطعام الخادم مع سيده .

248

الثالثة : إذا ولدت الرقيقة فعليها إرضاع ولدها لزومًا .

- 248 الرابعة : ليس للريقة فطام ولدها إلا برضا سيدها .
- 248 الخامسة : على العبد بذلُ المجهود ، ولا يُكَلَّف من العمل إلا ما يطيقه .
- 248 السادسة : يجب علف الدواب على صاحبها .
- 251 كتاب الجنائيات ✓
- 253 موجباته : القصاص ، والدية ، والكفارة .
- 253 القصاص ؛ حكمه وموجبه .
- 253 موجب القصاص ، يتعلق بالطرف والنفس :
- 253 النوع الأول : النفس ، وفيها أركان :
- 253 الركن الأول : القتل ، وفيه خمسة أطراف :
- 254 (الطرف الأول) : في تمييز العمد عن شبه العمد .
- 256 مسألة : هل يلزم القصاص إذا ضربه بِمُثْقَلٍ ، أو أحرقه ، أو أغرقه ، أو خنقه ؟ .
- 259 (الطرف الثاني) : في تمييز السبب عن المباشرة .
- 259 السبب الذي له أثر في التولد ولكنه يُشبه الشرط ، على ثلاث مراتب :
- 259 المرتبة الأولى : الإكراه على القتل ، وهو موجب للقصاص .
- 259 المرتبة الثانية : شهادة الزور .
- مسألة : هل تُلحق شهادة الزور بالإكراه على القتل في وجوب القصاص
- 259 من الشاهد ؟ .
- 259 المرتبة الثالثة : ما يُؤلِّد المباشرة توليدًا عرفيًا لا حسبيًا ولا شرعيًا .
- 262 (الطرف الثالث) : في اجتماع السبب والمباشرة .
- مسألة : إذا اجتمع الشرط والمباشرة ، فهل يتعلق القصاص والدية بهما ، أم
- 262 بالمباشرة فقط ؟ .
- 262 مراتب المباشرة مع السبب .
- 263 هل يُنزَل أمرُ السلطان منزلة الإكراه على القتل ؟ .
- 264 صور في حدِّ الإكراه .
- 266 ما يُباح بالإكراه .
- 267 (الطرف الرابع) : أن يكون السبب من آدمي والمباشرة من بهيمة .
- فروع أربعة :

- 267 الأول : لو أنهشه حية - أو عقرباً - يقتل مثله ، لزمه القصاص .
- 267 الثاني : لو ألقى عليه عقرباً أو حيةً فنهشته ، فلا قود .
- 267 الثالث : لو جمع بينه وبين سبع فافترسه ، وجب القصاص .
- 268 الرابع : لو أغرى به كلباً أو سبعاً في صحراء ، فلا قصاص .
- 269 (الطرف الخامس) : في طرآن المباشرة على المباشرة ، أو السبب على السبب
- 270 ظلُّ الإباحة ، هل يكون شبهة ؟ .
- 272 الركن الثاني : القتل .
- 273 الركن الثالث : القاتل .
- 273 خصال ستة نسبة بين القاتل والقتيل :
- 273 (الخصلة الأولى من خصال الكفاءة) : التساوي في الدين الحق .
- 273 فروع أربعة :
- 273 الأول : لو قتل ذميّ ذميّاً ثم أسلم القاتل قبل استيفاء القود ؟ اقتص منه .
- 274 الثاني : إذا قتل عبداً مسلماً عبداً مسلماً لكافر ؟ .
- 274 الثالث : لو قتل مسلماً مرتدّاً ، فلا قصاص .
- 274 الرابع : المرتدُّ إذا قُتلَ ذميّاً ؟ .
- 275 (الخصلة الثانية) : الكفاءة في الحرية .
- 275 فروع ثلاثة :
- 275 الأول : الناقص مقتولٌ بالكامل .
- 275 الثاني : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفُه عبدٌ ، إذا قتل مَنْ هو في مثل حاله ؟ .
- 275 الثالث : العبد المسلم والحر الذمي ، لا قصاص بينهما من الجانبين .
- 276 (الخصلة الثالثة) : فضيلة الأبوة .
- 276 فرعان :
- 276 أحدهما : أخوان قُتلَ الأولُ أباه ، وقتل الثاني أمّه ؟ .
- 276 الثاني : لو تداعى رجلان لقيطاً ، أو وطئا منكوحه بالشبهة فأتت بولد ،
- 277 فقتله أحدهما قبل إلحاق القائف ؟ .
- 277 (الخصلة الرابعة) : التفاوت في تأيُّد العصمة .
- 277 (الخصلة الخامسة) : الذكورة .

- 277 فرعان :
- 277 أحدهما : في الخنثى ، إذا قطع الرجل ذكرَ خنثى مُشَكِّلٍ وَشَفَرَتِهِ ؟ .
- الفرع الثاني : إذا كان الجاني رجلاً ، وكان المجني عليه يدعي عليه بأنك أقررتَ بأني رجل ، فلي القصاصُ في الذكر ، وقال الجاني : بل أقررتَ بأنك امرأة ؟ .
- 278 (الخصلة السادسة) : التفاوت في العدد .
- 279 فروع أربعة :
- 280 الأول : إذا اتحد الجارح ، واقرن بأحد الجرحين ما يدرأ القصاص ؟ سقط القصاص .
- 280 الثاني : لو داوى المجروح نفسه بِشَمِّ مُدْفَفٍ ؟ فلا قصاص على الجارح .
- 281 الثالث : إذا توالى جمعٌ على واحد ، فضربه كلُّ واحد سوطاً واحداً ، فمات ؟ .
- الرابع : إذا جرح أحدهما ، فأنهشه الآخرُ حيةً ، أو أغرى عليه سبعاً وجرحه ؛ فالدية عليهما نصفان .
- 281 فصل في تغيير الحال بين الجرح والموت ، على الجارح أو المجروح ، وله أربعة أحوال .
- 281 فرعان :
- 285 الأول : لو رمى إلى حربيٍّ أو مرتد ، فأسلم قبل الإصابة ؟ .
- 286 الثاني : لو تخللت ردةُ الرميِّ إليه بين الرمي والإصابة ؟ .
- 287 (النوع الثاني) : في قصاص الطرف .
- 287 القطع .
- 287 القاطع .
- 287 مسألة : هل يُشترط التساوي في قصاص الطرف ؟ .
- 288 المقطوع .
- 288 الجناية على ما دون النفس ثلاثة : جرح ، وإبانة طرف ، وإزالة منفعة .
- 288 القصاص في الجرح .
- 290 القصاص في المنافع والمعاني .
- 292 (الفصل الثاني) : في المماثلة ؛ والتفاوت في ثلاثة :
- 292 (الأول) : تفاوت في المحل والقدر .

- 292 فروع ثلاثة :
- 292 الأول : لو أوضح ناصيته لم نوضح قَدَّاله ، بل راعينا المحل .
- 293 الثاني : لو استحق قدر أتملة من الموضحة فزاد في القصاص : غرم أرشًا .
- 293 الثالث : لو اشتركوا في الإيضاح ؟ .
- 294 (التفاوت الثاني) : في الصفات ، وفيه مسائل :
- 294 الأولى : التفاوت في الضَّعْف والمرض لا يمنع .
- 294 الثانية : تقطع الأذن الصحيحة بالأذن المثقوبة إذا لم يُورث الثقب شيئًا .
- 295 الثالثة : لا تُقْلَع سنُّ البالغ بسن صبي لم يُنْعَرْ .
- 297 (التفاوت الثالث) : في العدد .
- 297 فروع أربعة :
- 297 الأول : لو كان على يد الجاني أصبعان شلاوان ؟ .
- 297 الثاني : إذا كان على يد الجاني ستة أصابع متساوية ليس فيها زيادة .
- 298 الثالث : أصبع تشتمل على أربع أنامل ؟ .
- 298 الرابع : مقطوع الأتملة العليا إذا قطع صحيح الأتملة الوسطى .
- 300 فروع تتعلق بالنزاع :
- 302 الفن الثاني : في حكم القصاص الواجب في الاستفاء والعفو ، وفيه بابان :
- 302 الباب الأول : في الاستفاء ، وفيه ثلاثة فصول :
- 302 (الفصل الأول) : فيمن له ولاية الاستفاء ، وفيه مسائل :
- 302 الأولى : إذا كان القاتل واحدًا والورثة جماعة ؟
- 303 فرع : لو بادر واحدًا بالاستفاء دون رضا الآخرين ؟ .
- 304 المسألة الثانية : إذا قتل واحدًا جماعة .
- 304 مسألة : هل يُقتل القاتل جماعة بهم جميعًا ، أم بأولهم وللباقيين الديات ؟ .
- 305 المسألة الثالثة : في المستوفي .
- 306 فروع ثلاثة :
- 306 الأول : لو قتله الولي بسيف مسموم يُفْتَتِه ؟ .
- 306 الثاني : لو قطع الجاني طرف نفسه بإذن المستحق ؟ .
- 306 الثالث : هل أجرة الجلاد في القصاص على المقتص منه ، وفي الحد على بيت المال ؟ .

- 307 (الفصل الثاني) : في أن حق القصاص على الفور .
- 307 مسألة : هل يُؤخَّر القصاص باللياذ إلى الحرم إلى وقت الخروج منه ؟ .
- 308 فروع ثلاثة :
- 308 الأول : لو ادعت المقتص منها الحمل ؟ .
- 308 الثاني : لو بادر الولي وقتل الحامل بغير إذن الإمام ، فأجهضت جنينًا ميتًا ؟ .
- 309 الثالث : لو قطع يديه ورجليه ، فعفا عن القصاص وطلب شيئًا من الدية ؟ .
- 311 (الفصل الثالث) : في كيفية المائلة .
- 311 مسألة : هل تراعى المائلة في القصاص ؟ .
- 311 فروع :
- الأول : لو أحرقه بالنار ، فألقيناه في مثلها فلم يمت في تلك المدة ، فيترك فيها أو يُغدل إلى السيف ؟ .
- 311 الثاني : لو قطع يده من الكوع ، فجاء آخرُ وقطع يده من المرفق فمات منهما ؟ .
- 311 الثالث : إدامات بسرابة القطع ، فقطعنا يد الجاني فمات ؟ .
- 311 الرابع : إذا استحق القصاص في اليمين ، فأخرج الجاني يساره فقطعه المستحق ، فللجاني ثلاثة أحوال .
- 313 فرع : إذا قضينا ببقاء القصاص في اليمين ، فأراد أن يقطعه عقيقه متوليًا بين الجراحتين ؟ .
- 315 الباب الثاني : في حكم العفو ، والنظر في طرفين :
- 316 الأول : في حكم العفو .
- 316 صيغ العفو أربعة .
- 316 فرعان :
- الأول : المفلس المستحق للقود له الاستيفاء ، فإن عفا عن القود مع نفي المال ، فهل ينزل منزلة المطلق ؟ .
- 318 الفرع الثاني : لو صالح عن القصاص على مائتين من الإبل ؟ .
- 319 الطرف الثاني : في العفو الصحيح والفاقد ، وأحوال العفو سبعة .
- 320 فرع : لو اشترى المجني عليه العبد الجاني بالأرث المتعلق برقبته ؟ .
- 322

كتاب الديات ، وفيه أقسام :

القسم الأول : في الواجب .

الباب الأول : في النفس .

دية المسلم الحرّ مائة من الإبل .

تغير الدية بأربع مغلّطات ، وأربع منقصات .

المغلّطات الأربع : الحرّم ، والأشهر الحرّم ، والرحم ، والعمدية :

الحرّم .

الأشهر الحرّم : ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم ، ورجب .

الرحم : ما يوجب المحرمية دون ما عداها من القربات .

العمدية : وفيها ثلاث صور :

إحداها : من قتل شخصاً في دار الكفر على زي الكفار ، فإذا هو مسلم ؟ .

الثانية : إذا رمى إلى مرتدّ ، فأسلم قبل الإصابة ؟ .

الثالثة : إذا رمى إلى جرثومة ظنها شجرة ، فإذا هي إنسان ؟ .

معنى التخفيف والتغليظ .

لا يتضاعف التغليظ بتضاعف الأسباب .

صفة الإبل ، وصنفها ، وبدلها عند فقدانها .

بيان المنقصات ، وهي أربع :

الأولى : الأنوثة .

الثانية : الرق .

الثالثة : الاجتتان في البطن .

الرابعة : الكفر .

هل للزنادقة وعبد الأوثان دية ؟ .

هل للصائبين من النصارى والسامرة من اليهود دية ؟ .

من أسلم ولم يهاجر ، هل هو كالذي هاجر في القود والدية ؟ .

الباب الثاني : فيما دون النفس ، هو ثلاثة أنواع :

النوع الأول : في الجرح ، وله موضعان : إما على الرأس والوجه ،

أو على سائر البدن .

- 333 الموضوع الأول : الرأس والوجه .
- 334 التعويل في تقدير جراحات الرأس والوجه على النقل والقياس .
- الموضع الثاني : الجراحات في سائر البدن ، وفي جميعها الحكومة إلا الجائفة ،
- 335 ففيها ثلث الدية .
- فروع :
- الأول : لو ضرب بطنه بمشقص فجائفتان ، ولو ضربه بسنان فخرج من بطنه
- 336 إلى ظهره فوجهان .
- الثاني : لو التحمت الجائفة لم يسقط الأرش كالموضحة ،
- 336 بخلاف عود السن .
- الثالث : لو خاط الجائفة ، فجاء جانٍ وقطع الخيط ؟ .
- 336 فروع ثلاثة في الحكومة :
- 337 الأول : إنما تقدر الحكومة بعد اندمال الجراحة .
- الثاني : إن قطع أصبعًا زائدة أو سنًا شاغية ، أو أفسد المنبت من الحية
- 337 المرأة ، وزادت القيمة ؟ .
- 338 الثالث : إذا جرح ، فبقي حوالي الجرح شَيْنٌ ؟ .
- النوع الثاني من الجنائيات : القطع المبين للأعضاء ، ويتعلق
- 339 بستة عشر عضوًا :
- الأول : الأذنان ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما النصف ،
- 339 وفي البعض البعض بالنسبة .
- 339 أذنُ الأصم تكمل فيها الدية .
- العضو الثاني : العينان ، وفيهما كمال الدية إذا فقئتَا ، وفي إحداهما النصف ،
- 339 وفي عين الأعور النصف .
- 340 يجب كمال الدية في الأخفش والأعمش .
- 340 العضو الثالث : الأجفان ، وفيهما كمال الدية ، وفي الواحد ربع الدية .
- 340 الأهداب لو فسد منابثها ، ففيها - وفي جميع الشعور - حكومة .
- 340 فرع : لو استأصل الأجفان اندرج حكومة الأهداب تحته على أظهر الوجهين .
- 340 الرابع : الأنف ، فإن أوعب مارئُهُ جدعًا ، ففيه كمال الدية ،

- 340 فإن قطع شيئاً من رأس الماران وجب جزء بالنسبة .
 341 في أنف الأخشم كمال الدية .
 341 الخامس : الشفتان ، في كل واحدة منهما نصف الدية .
 341 لو قطع جزءاً من الشفة وجب بقدر نسبته إلى الكل ، وتقدير ذلك .
 341 السادس : اللسان ، وفي لسان الناطق كمال الدية ، وفي الأخرس حكومة .
 341 السابع : الأسنان .
 341 فرع : الأسنان من الحلقة المعتدلة اثنان وثلاثون ، فلو اقتلعها بجناية واحدة ،
 344 ففي الواجب قولان .
 344 الثامن : اللُحْيَان ، فيهما كمال الدية ، وفي أحدهما النصف .
 344 التاسع : اليَدَان ، وفيهما ، كمال الدية إذا قطعنا من الكوعين .
 344 فرع :
 العاشر : الترقوة والضلَع ، هل في كسر الترقوة أو كل ضلع
 346 جملٌ أم حكومة ؟ .
 346 الحادي عشر : الحلمتان من المرأة مضمونة بكمال ديتها ، وفي حلمتي الرجل قولان .
 346 الثاني عشر : الذكر والأنثيان ، وفيهما ديتان .
 346 الثالث عشر : الأليتان ، فيهما كمال الدية ، وفي إحداهما النصف .
 347 الرابع عشر : الشفران من المرأة فيهما كمال الدية .
 347 الخامس عشر : الرجلان ، كاليدين . ورجل الأعرج كرجل الصحيح .
 347 السادس عشر : الجلد .
 348 النوع الثالث من الجنايات : ما يفوت اللطائف والمنافع ، ويتعلق باثنتي عشرة منفعة :
 348 الأولى : العقل ، إذا ضرب رأسه فأزال عقله ، فعليه كمال الدية .
 348 فرع : لو أنكر الجاني زوال عقله ، ونَسَبَه إلى التجانن ؟ .
 348 الثانية : السمع ، وفيه كمال الدية ، وفي إبطاله في أحدهما نصف الدية .
 349 فرعان :
 349 الأول : لو قال المجني عليه : نقص سمعي ولم يُزَلْ ؟ .
 الثاني : لو قال أهل الصنعة : لطيفة السمع باقية ،
 349 لكن وقع في المنفذ الارتفاق ؟ .

- 349 الثالثة : البصر ، وفي إبطاله مع بقاء الحديقة كمال الدية .
- 349 الرابعة : الشم ، وفي إبطاله كمال الدية .
- 350 الخامسة : النطق ، وفي إبطاله عن اللسان كمال الدية .
- 350 فرعان :
- 350 الأول : لو كان لا يحسن بعض الحروف ، فهل يؤثر في نقصان الدية ؟ .
- 350 القول الضابط في الفرق بين النقصان بجناية أو آفة .
- 351 الفرع الثاني : لو قطع بعض لسانه ؟ .
- 352 المنفعة السادسة : الصوت ، وفي إبطاله كل الدية .
- 352 السابعة : الذوق ، وفيه كمال الدية .
- 352 الثامنة : منفعة المضغ ، وفيها كمال الدية .
- 352 فرع : لو جنى على سنه فاشوّد ؟ .
- 352 التاسعة : قوة الإماء والإحبال به ، فيها كمال الدية .
- 352 لو جنى على ثدي امرأة وأبطل منفعة الإرضاع ؟ .
- 353 العاشرة : منفعة المشي والبطش ، وفيهما كمال الدية .
- 353 الحادية عشرة : إذا بطل شهوة الجماع من غير شلل في الذكر ولا انقطاع في المني ؟ .
- 353 الثانية عشرة : إذا أفضى ثيباً أو بكرًا فعليه الدية .
- 353 لو انتزع بكرًا على كُزّه ، لزمه مهر المثل أورش البكارة .
- 353 الإفضاء بالخشبة والأصبع موجب للدية .
- 354 المرأة تُزعى نسبة أطرافها إلى ديتها .
- القسم الثاني من الكتاب : في بيان الموجب من الأسباب والمباشرات ،
- 355 وله أربعة أطراف :
- 355 (الطرف الأول) : في تمييز السبب عما ليس بسبب .
- 355 ثلاث صور :
- الأولى : إذا صاح على صغير - وهو على طرف سطح -
- 355 فارتعد وسقط ومات ؟ .
- 355 لو تَغَفَّلَ بالغًا بصوت منكر ، فسقط من السطح .
- 356 الثانية : لو صاح على صبي موضوع على الأرض فمات ، أو على بالغ فزال عقله ؟ .

- 356 الثالثة : التهديد والتخويف إذا أفضى إلى سقوط الجنين ، وجب الضمان .
 356 (الطرف الثاني) : في اجتماع العلة والشرط .
 356 فروع :
 356 الأول : إذا وضع صبيًا في مسبعة فافترسه سبع ؟ .
 الثاني : إذا اتبع إنسانًا بسيفه فولى هاربًا ، فألقى نفسه في نار أو ماء
 357 أو بئر أو مسبعة وافترسه سبع : فلا ضمان على المتبع .
 357 لو قال : اقتل نفسك وإلا قتلتك ، فقتل نفسه : لم يضمن المكره .
 357 لو ألقى نفسه على سطح ، فانخسف به ؟ .
 357 الثالث : إذا سلم صبيًا إلى سابع ففرق ، وجب الضمان على أستاذه .
 358 لا عهدة على من حفر البئر في ملكه أو في موات .
 358 إشرع القواويل والأجنحة جائز إذا لم يضر بالمجتازين .
 359 فرعان :
 359 أحدهما : لو حفر بئرًا في ملكه ودعا إليه إنسانًا في ظلمة فسقط فيه ؟ .
 359 الثاني : إذا سقط ميزابٌ لإنسان على رأس إنسان ؟ .
 359 الجدار المائل إلى الشارع كالقايول .
 359 ضمانُ قشور البطيخ وقمامات البيوت .
 360 ضمان رَشِّ الماء .
 360 (الطرف الثالث) : في ترجيح سبب على سبب .
 360 إذا اجتمع سببان مختلفان : قُدِّم الأول على الثاني .
 360 فروع :
 360 الأول : لو وضع حجرًا في الطريق فتعثر به مَنْ لا يراه : ضمن .
 360 الثاني : إذا تردَّى في بئر في محل العدوان ، فتردى وراءه آخر ،
 361 فسقط عليه وماتا ؟ .
 الثالث : لو انزلق على طرف البئر ، فتعلق بآخر وجذبه ، وتعلق ذلك
 361 الآخر بثالث وجذبه ، ووقع بعضهم على بعض ؟ .
 (الطرف الرابع) : في الأسباب المتشابهة التي تثبت بها شركة من
 361 غير ترجيح ، ولها صور :

- 362 الصورة الأولى : إذا اصطدم حُرَّان في المشي وماتا ؟ .
- 364 الصورة الثانية : إذا اصطدمت سفينتان ، فالسفينة كالدابة والملاح كالراكب .
- 365 لو ثقب الملاح السفينة وعَرَقَ أهلها ؟ .
- فرع : إذا أشرفت السفينة على الغرق - وكان النجاة في إلقاء الأمتعة -
- 365 فقال من احتاج إلى النجاة : ألقِ متاعك وأنا ضامن ؟ .
- الصورة الثالثة : إذا رجع حجر المنجنيق على الرماة - وكانوا
- 366 عشرة - فهلكوا ؟ .
- 366 لو أصاب حجر المنجنيق غير الرامين ، فالدية على عاقلتهم .
- الصورة الرابعة : إذا جرح الدافع ثلاث جراحات : أولها عند قصده ،
- 366 والثانية بعد إعراضه ، والثالثة بعد عوده إلى القصد ؟ .
- 367 فرعان في الإهدار :
- الأول : جنى عبدٌ على حر ، فجاء إنسان وقطع يد العبد ، ثم قطع
- 367 العبدُ بَعْدُ يدَ حرٍّ ، وماتوا ؟ .
- الثاني : إذا تقاتل رجلان بسيفيهما ، فأصبحا قتيلين ، فادعى ولي
- 367 كل واحد أن صاحبه كان دافعًا لا قاصدًا ؟ .
- 368 حكم القاتل بالسحر .
- القسم الثالث : في بيان مَنْ تجب عليه الدية ، هو الجاني إن كان عمدًا ،
- 369 والعاقلة إن كان خطأ أو شبه عمد ، ويتعلق بالعاقلة أركان :
- 369 الركن الأول : في تعيينهم .
- 369 تضرب الدية على ثلاث جهات : العصوبة ، والولاء ، وبيت المال .
- 369 (الجهة الأولى) : القرابة .
- 370 (الجهة الثانية) : الولاء .
- 370 فروع :
- 370 الأول : المرأة إذا أعتقت فلا تُضْرَب عليها الدية .
- الثاني : لو أعتقت جماعةً عبدًا ، فهم كشخص واحد لا يلزم جميعهم
- 370 أكثر من حصّة واحدة .
- 371 الثالث : إذا فضل من المعتقد نصيب ، فلا يترقّى إلى عصباته في حياته .

- 371 الرابع : العتيق ، هل يتحمل العقل عن معتقه ؟ .
- 371 الخامس : المستولد من عتيق وعتيقة يثبت الولاء عليه لموالي الأب .
- 372 (الجهة الثالثة) : بيت مال المسلمين .
- 372 صفات من تجب عليه الدية .
- 374 الركن الثاني : في كيفية الضرب على العاقلة ، ويُنظر في القدر والترتيب والأجل :
- 374 لو كثر الواجب وقلّت العاقلة ؟ .
- 375 إذا لم يكن في بيت المال شيء ، فهل يرجع إلى الجاني ؟ .
- 375 قطع الأصحاب بالرجوع إلى الجاني في مسألتين :
- 375 المسألة الأولى : الذمي إذا لم يكن له عاقلة .
- 375 المسألة الثانية : إذا أقر الجاني بالخطأ وأنكرت العاقلة ولايته ، طوّل الجاني .
- 375 فرع : لو اعترف العاقلة بعد أداء الجاني ؟ .
- الأجل : مائة من الإبل - إذا وجبت في النفس - مضروبة في ثلاث
- 375 سنين وفاقاً ، يؤخذ في آخر كل سنة ثلثها .
- 376 فروع :
- 376 الأول : لو قتل واحد ثلاثة ، واجتمع على عاقلته ثلاثمائة من الإبل ؟ .
- 376 الثاني : ثلاثة قتلوا واحداً ؟ .
- 376 الثالث : دية إحدى يدي المسلم ؟ .
- 377 الرابع : من مات في أثناء السنة أو أعسر في آخر السنة ؟ .
- 377 الخامس : غيبة بعض العصباء في آخر الحول ، هل يكون كعدمهم ؟ .
- 377 السادس : أول الحول يحسب من وقت الرفع إلى القاضي ؟ .
- 378 السابع : إذا جنى العبد فأرشه يتعلق برقبته ، لا يتعلق بسيده ولا بعاقلته .
- 378 لو جنت المستولدة ؟ .
- فرع : لو جنت المستولدة وتخلل الفداء ، وقال السيد : اخترت فداء العبد ،
- 379 فهل يلزمه أم يبقى على حرّيته ؟ .
- القسم الرابع من الكتاب : في دية الجنين ، وهي غرة : عبد أو
- 380 أمة على العاقلة .
- 380 فيه ثلاثة أطراف : الموجب ، والموجب فيه ، والواجب .

- (الطرف الأول) : في موجب الغرة ، وهي جناية توجب انفصال الجنين ميتًا .
لو انفصل الجنين حيًا ثم مات من أثر جناية : وجب دية كاملة .
لو ماتت الأم ولم ينفصل الجنين : فلا غرة .
لو تنازع المرأة والجاني ؟ .
(الطرف الثاني) : في الموجب فيه ، وهو الجنين .
صفة الجنين .
فرعان على قولنا بالتفاوت بين المسلم والكافر :
أحدهما : المتولد من نصراني أو مجوسي ؟ .
الفرع الثاني : المرعي في صفة الجنين حالة الانفصال .
يُزَعَى قيمة الأم عند الجناية على الجنين الرقيق .
فرعان :
الأول : إذا انفصل جنين الرقيق سليمًا ، والأم مقطوعة الأطراف ؟ .
الثاني : خلف رجل زوجة حاملًا وأخًا لأب وعبدًا قيمته عشرون دينارًا ،
فجنى العبد على بطنها فأجهضت ؟ .
(الطرف الثالث) : في صفة الغرة ، ويرعى فيها ثلاثة أمور :
الأمر الأول : السلامة من كل عيب يُبَيِّنُ الرَّدَّ في البيع .
الأمر الثاني : السن .
الأمر الثالث : نفاسة القيمة .
لو قُفِدَتْ الغرة ؟ .
فرع : إذا بقي على الأم شَيْئٌ وجراحة : ضُمَّ إلى الغرة حكومة لها .
كتاب كفارة القتل .
الموجب لكفارة القتل أركأنه ثلاثة : القتل ، والقاتل ، والقتيل .
الركن الأول : القتل ، وهو كل قتل غير مباح .
الركن الثاني : القاتل ، وشرطه أن يكون ملتزمًا حيًا .
الركن الثالث : القاتل ، وشرطه أن يكون آدميًا معصومًا ، والجنين آدمي .
كتاب دعوى الدم ، والقسامة ، والشهادة فيه .
(النظر الأول) : في الدعوى ، ولها خمسة شروط :

- 395 الشرط الأول : أن تكون متعلقة بشخص معين .
- 396 الشرط الثاني : أن تكون الدعوى مفصلة في كون القتل عمداً أو خطأ ،
انفراداً أو شركة .
- 396 فرع : لو قال : قتل هذا أبي مع جماعة ، ولم يذكر عددهم ؟ .
- 396 الشرط الثالث : أن يكون المدعى مكلفاً ملتزماً حالة الدعوى .
- 396 الشرط الرابع : أن يكون المدعى عليه مكلفاً .
- 397 الشرط الخامس : أن تنفك الدعوى عما يكذبها .
- 398 (النظر الثاني) : في القسامة ، وفيها أربعة أركان :
- 398 الركن الأول : بيان مظنتها ، وهو قتل الحر في محل اللوث .
- 398 اللوث : وهو علامة تُعَلَّب على الظنِّ صِدْق المدعي ، وهو نوعان :
- 398 قرينة حال ، وإخبار .
- 399 مسقطات اللوث خمسة :
- 399 الأول : أن يتعذر إظهاره عند القاضي .
- 399 الثاني : إذا ثبت اللوث في أصل القتل ، دون كونه خطأً أو عمداً ؟ .
- 399 الثالث : أن يدعي المدعى عليه كونه غائباً عن البلد عند القتل .
- 400 الرابع : لو شهد شاهد بأن فلاناً قتل أحد هذين القتيلين ، لم يكن لوثاً .
- 400 الخامس : تكادُب الورثة .
- الركن الثاني : في كيفية القسامة ، وهو أن يحلف المدعي خمسين يميناً متوالية بعد التحذير والتغليظ .
- 401 إذا كان الوارث جمعاً ، فهل تُوزَّع عليهم الخمسين أو يحلف كل واحد خمسين ؟ .
- 403 فرعان :
- 403 أحدهما : لو شهد واحد على اللوث ، وقلنا يتحد اليمين مع الشاهد ؟ .
- 403 الفرع الثاني : إذا ادعى على اثنين أنهما قتلا ؟ .
- 403 الركن الثالث : في حكم القسامة ، وفيه قولان .
- الركن الرابع : فيمن يحلف أيمان القسامة ، وهو كل من يستحق بدل الدم ، وفيه أربعة فروع :
- 404 الفرع الأول : إذا قُتِل عبدُ المكاتب ، وأجرينا القسامة في العبد ؟ .

- 404 الفرع الثاني : لو قتل عبده وأوصى بقيمته لمستولدته ومات ، فللورثة أن يقسموا .
 405 الفرع الثالث : إذا قطع يد العبد ، فعتق ومات ، فعلى الجاني كل الدية .
 405 الفرع الرابع : إذا ارتد الولي ثم أقسم ؟ .
 407 النظر الثالث من الكتاب : في إثبات الدم بالشهادة ، ولها شروط :
 407 الشرط الأول : الذكورة .
 407 فرع :
 408 الشرط الثاني : أن تكون صيغة الشهادة صحيحة .
 408 لو شهد على أنه قتله بالسحر ، ولم يُقتل .
 408 هل تعلم السحر حرام أم لا ؟ .
 409 الشرط الثالث : أن لا تتضمن جرًا ولا دفعًا .
 409 الشرط الرابع : أن تسلم الشهادة عن التكاذب ، وفيه صور :
 409 الصورة الأولى : إذا شهدوا على رجلين بالقتل ، وشهد المشهود عليهما
 409 بأنهما قتلا هذا القتل ؟ .
 411 الصورة الثانية : لو شهدوا على القتل ، فشهد أحد الورثة بعتفو بعضهم ؟ .
 411 الصورة الثالثة : إذا شهد أحدهما أنه قتله غدوة ، وقال الآخر : عشية ، فهو تكاذب .
 411 كتاب الجنايات الموجبة للعقوبات . وهي سبعة : البغي ، والردة ، والزنا ،
 413 والقذف ، والشرب ، وقطع الطريق .
 415 الجناية الأولى : البغي ، وفيه ثلاثة أطراف : صفة البغاة ، وأحكامهم ، وقتالهم :
 415 الطرف الأول : في صفات البغاة ، ويعتبر فيهم ثلاثة شروط :
 415 الشرط الأول : الشوكة ، وهو أن يجتمع قوم ذو نجدة على مخالفة الإمام .
 416 الشرط الثاني : أن يكون بغيمهم عن تأويل .
 416 لو كان للمرتدين شبهة ؟ أو تأويل باطل قطعاً لكنهم غلطوا فيه ؟ .
 417 الشرط الثالث : نصب الإمام فيما بينهم ، وفي اشتراطه خلاف .
 418 الطرف الثاني : في أحكام البغاة : في الشهادة ، والقضاء ، والغرم .
 418 الغرم ، واجب بالإتلاف في غير القتال على الفريقين جميعاً . وفي القتال
 419 لا غرم على العادل .
 420 إذا قلنا : لا ضمان على الباغي في القتال ، ففي الكفارة وجهان .

إذا وُجِدَ تأويل بلا شوكة وجب الضمان ، وأما الشوكة دون تأويل ،
فطريقان .

420

421

421

421

421

422

422

423

423

423

423

423

425

425

426

426

426

427

الطرف الثالث : في كيفية قتال البغاة ، ويُزعى فيه أمور :

الأمر الأول : أنَّ لا نغتالهم ، بل نقدم النذير أولاً .

الأمر الثاني : أن أسيرهم لا يُقتل ، ولا يُطْلَق ما داموا على شوكتهم .

ونسأؤهم وذرائعهم ، يُخلَّى سبيلهم .

مسألة : هل يحل استعمال أسلحة أهل البغي وحيولهم ساعة القتال ؟ .

الأمر الثالث : لا تُنصب عليهم المجانيق ، ولا تُوقد عليهم النيران ،

ولا نرسل السيول الجارفة .

لو تحصنوا بقلعة ولم يتوصل إليهم إلا بهذه الأسباب ؟ .

الأمر الرابع : لا ينبغي أن يقتل العادل واحداً من أرحامه ، ولا يستعين

الإمام بأهل الشرك عليهم ولا بمن يرى قتل مدبرهم .

الأمر الخامس : إن استعان البغاة علينا بأهل الحرب ، لم ينفذ أمانهم علينا ،

وأتبعنا مدبر أهل الحرب .

لو استعانوا بطائفة من أهل الذمة ؟ .

التفريع : إذا ألحقنا أهل الذمة المستعان بهم بأهل الحرب ، غنمنا مالهم

ولا ضمان عليهم فيما يتلفون .

الأمر السادس : مَنْ قُتل منهم ليس بشهيد ، ولا ينقطع التوارث بينهم

وبين أهل العدل .

(الجناية الثانية) : الردة ، وفيها طرفان :

الطرف الأول : في الردة ، وهي عبارة عن قطع الإسلام من مكلف .

فروع :

الأول : إذا شهد اثنان على أنه ارتد ؟ .

الثاني : إذا خلف مسلم ابنتين ، فقال أحدهما : مات أبي كافراً ، وأنكر

الآخر ، ففي حصة المقر قولان .

الثالث : الأسير إذا ارتد مكرها ثم أفلت ؟ .

الطرف الثاني : في حكم الردة : في نفس المرتد ، وولده ،

- وما له ، وأمور أُخر :
 428 نفس المرتد ، تُهْدَر في الحال ويجب قتله إن لم يتب ، فإن تاب تقبل توبته .
 428 في قبول توبة الزنديق أربعة أوجه .
 429 في المبادرة إلى قتل المرتد قولان .
 430 مسألة : هل يُبْت حكم أهل الحرب في الاسترقاق لأهل الردة إن التحقوا بدار الحرب ؟ .
 430 حكم مال المرتد .
 433 كتاب حد الزنا .
 435 (الجناية الثالثة) : الزنا ، والنظر في طرفين :
 435 الطرف الأول : في الموجب والموجب .
 435 ضابط حد الزنا .
 435 ما هي خصال الإحصان ؟
 437 مسائل في أصل التغريب :
 437 الأولى : أن المرأة لا تُغَرَّبها إلا مع مَحْرَم .
 438 الثانية : مسافة الغربة يقدرها السلطان ، ولكن لا تنقص عن مرحلتين .
 الثالثة : لو عاد المُغَرَّب إلى مكانه ، غربناه ثانيًا ، ولم تُحسب المدة الماضية
 438 على الأظهر .
 438 مسألة : هل الإسلام شرط في الإحصان ؟ .
 440 حد اللواط .
 441 لو أتى امرأة أجنبية في دبرها ؟ .
 441 لو أتى زوجته أو جاريته في دبرها ، فالمذهب سقوط الحد .
 441 الإيلاج في الميت ، لا حد فيه بل التعزير .
 441 في الإيلاج في البهيمة قولان ، وفي قتلها وجهان .
 إذا وطئ زوجته وكانت صائمة أو مُحْرمة أو حائضًا أو مطلقة رجعية ،
 443 فلا حد عليه .
 443 الوطء بالشبهة وفي النكاح الفاسد وفي المتعة .
 443 الشبهة ثلاث : في المحل ، أو الفاعل ، أو طريق الإباحة .
 444 الشبهة في المحل .

- 444 الشبهة في الفاعل ، أن يُظنَّ التحليل .
- 444 الشبهة في طريق الإباحة ، هو كل ما اختلف العلماء في إباحته .
- 445 ما جاوز هذه الشبهات ، لا عبرة به عند الشافعية .
- 445 مسألة : هل يُحدُّ مَنْ عقد على مَحْرَمٍ له ودخل بها وهو يعلم ؟ .
- 445 مسألة : هل يحد من استأجر امرأة ليزني بها ؟ .
- 445 مسألة : هل تُحدُّ المرأة العاقلة إذا مكنت مجنوناً من نفسها ؟ .
- 446 هل يقام حدُّ الزنا في دار الحرب ؟ وهل يقام على المكره على الزنا ؟ .
- 446 مسألة : هل يكفي إقرار الزاني مرةً واحدة أم لابد من أربع مرات ؟ .
- إذا رجع الزاني بعد الإقرار سَقَطَ حدُّ الزنا ، ولا يسقط القصاص ،
- 447 وفي حد السرقة خلاف .
- 447 هل يُنزَّل منزلة الرجوع التماسه ترك الحد ، أو هَرَبُه ، أو امتناعه من التمكين ؟ .
- 447 هل يَشَقُّ الحدُّ بالتوبة ؟ .
- 448 مسائل في المسقطات في الشهادة على الزنا :
- إحداها : لو شهد أربعة على زنا امرأة ، لكن شهد اثنان على أنها مطاوعة ،
- 448 واثنان أنها مكرهة : فلا حد عليها .
- 448 الثانية : لو شهد أربعة على زناها ، فشهدت أربعة على أنها عذراء : فلا حد عليها .
- 448 الثالثة : لو شهد أربعة على الزنا ، وعين كل واحد زاوية أخرى من البيت : فلا حد .
- 448 مسألة : هل يقام الحد على المشهود عليه إذا عين كلُّ شاهد زاويةً غير التي
- 448 عَيَّنها الآخر ولو كانت قريبة ؟ .
- 449 الطرف الثاني : في الاستيفاء ، والنظر في كفيته ومتعاطيه :
- 449 الاستيفاء يُزاعى فيها أربعة أمور :
- 449 الأمر الأول : حضور الوالي والشهود ، وبداية الشهود بالرمي .
- مسألة : إذا ثبت الزنا بالشهود ، فهل يجب حضور الوالي والشهود
- 449 أم يستحب ؟ .
- 450 الأمر الثاني : حجارة الرجم لابد منها .
- 450 الأمر الثالث : إذا كان الزاني مريضاً ؟ .
- 451 الأمر الرابع : الزمان ، فلا يقام الجلد في فرط الحرِّ والبرد ، بل يؤخر إلى اعتدال الهواء .

- 451 إذا بادر الإمام في الحر المفروط ، فَجَلَدَ ومات ؟ .
- 452 المستوفي للحد .
- 452 إذا اجتمع السيد والسلطان ، فأيهما أولى ؟ وهل للسيد تعزيز عبده ؟ .
- 453 فرع : من قُتِلَ حدًّا ، غُسِّلَ وصُلِّيَ عليه ودُفِنَ في مقابر المسلمين .
- 454 (الجناية الرابعة) : القذف ، والنظر في الموجب والواجب :
- 454 النظر في الموجب : في القذف ، والقاذف ، والمقذوف .
- 454 القذف ، لا بد أن يكون في معرض التعبير .
- 454 لو كان القذف في معرض الشهادة ، فلا حد إلا إذا رُدَّت الشهادة لعدم الأهلية .
- 455 إذا ردت الشهادة بالفسق ؟ .
- القاذف ، يعتبر فيه التكليف والحرية ، فإن انتفى التكليف فلا حد ،
- 455 وإن انتفت الحرية تشطر الحد .
- 456 يُعتبر إحصان المقذوف لإيجاب الحد على قاذفه .
- (الطرف الثاني) : في قدر الواجب ، وهو ثمانون جلدة على الحر
- 456 وأربعون على الرقيق .
- 456 لو تعدَّد القذف ؟ .
- (الجناية الخامسة الموجبة للحد) : السرقة ، والنظر في الموجب ،
- 457 وفي طريق إثباته بالحجة ، وفي الواجب :
- 457 النظر الأول : في الموجب ، وهو السرقة ، ولها ثلاثة أركان :
- 457 (الركن الأول) : المسروق ، وله ستة شروط :
- 457 الشرط الأول : النصاب ، وهو عندنا ربع دينار فصاعدًا .
- 457 مسألة : في كم تُقَطَّع يدُ السارق ؟ .
- 458 فروع :
- 458 الأول : لو سرق ربع دينار من الإبريز لا يساوي ربعًا مضرورًا ؟ .
- 458 الثاني : لو سرق دنائير - ظنها فلوسًا - تساوي ربعًا : وجب القطع .
- 458 الثالث : لو نقص قيمة النصاب - بأكله أو تمزيقه - ؟ .
- 459 الرابع : أخرج نصابًا ، ولكن بكَرَاتٍ ، وكل كَرَّةٍ ناقصٌ عن النصاب ؟ .
- 461 الخامس : لو فتح أسفل كندوج ، وكان يُخْرِجُ شيئًا فشيئًا على التواصل ؟ .

- السادس : لو جمع من البذر المبتوث في الأرض ما يبلغ نصابًا ، وهو محرز ؟ . 461
- السابع : إذا اشترك رجلان في حمل ما دون نصف دينار ؟ . 461
- الشرط الثاني : أن يكون مملوكا لغير السارق . 461
- مسألة : هل يسقط الحد عن السارق إذا ملك العين المسروقة بعد رفعه
للمحاكم والمطالبة بها ؟ . 461
- لو ادعى السارق المملك ؟ أو ادعاه لشريكه في السرقة ؟ . 462
- الشرط الثالث : أن يكون محترما . 462
- الشرط الرابع : أن يكون الملك تائما قويا . 463
- لو سرق أحد الشريكين مالا مشتركا من صاحبه ؟ . 463
- إذا سرق السارق ماله فيه حق - كمال بيت مال - ؟ . 463
- إذا سرق المساجد ؟ . 464
- الشرط الخامس : كون المال نقيا عن شبهة استحقاق السارق . 465
- إذا سرق مستحق الدين مال من عليه دين ؟ . 465
- استحقاق النفقة سبب لإسقاط القطع . 465
- إذا كان الشيء المسروق مباح الأصل ، أو مضموما إلى ما لا قطع فيه ،
أو مسروقا من قبل وقد قُطِع فيه ، أو متعرضا لتسارع الفساد :
فكل ذلك يُقَطَّع فيه عندنا . 466
- الشرط السادس : كونه محرزًا ، أي يكون السارق على خطر وغرر
خوفاً من الاطلاع عليه ، وعمدة الحرز اللحاظ ، صور على هذه القاعدة : 467
- الصورة الأولى : الإصطبل حرز للدواب دون الثياب . 467
- الصورة الثانية : ما أحرز بمجرد اللحاظ ، فلا بد من دوام اللحاظ . 467
- هل يسقط الحرز بمجرد اللحاظ ، بزحمة الناس كما في المسجد المزحوم أو الشارع ؟ . 467
- الصورة الثالثة : ما يعتمد حصانة الموضع مع أدنى لحاظ - كالموضوع
في الدار - فهو محرز وإن نام صاحبه . 468
- إن كان الدار مفتوحا بالليل فهو ضائع ، وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران ؟ . 468
- الصورة الرابعة : الخيام ليست حرزا . 469
- الصورة الخامسة : لا قطع على النباش إذا سرق الكفن من قبر في مضیعة . 469

- 469 مسألة : هل يقطع سارق الكفن ؟ .
- 470 الصورة السادسة : إذا كان الحرز ملكًا للسارق ، فله ثلاثة أحوال :
- 470 الحالة الأولى : أن يكون مستأجرًا منه ، فعليه القطع .
- 470 الحالة الثانية : أن يكون مستعارًا منه ، وفيه ثلاثة أوجه .
- 471 الحالة الثالثة : أن يكون مغصوبًا منه ، فلا قطع عليه .
- إذا دخل غير المغصوب منه : فإن أخذ مال الغاصب قُطِع ، وإن أخذ
- 471 المال المغصوب ففيه وجهان .
- 471 فرع : الدار المغصوبة ، هل هي حرز عن المغصوب منه ؟ .
- 472 (الركن الثاني) : نفس السرقة ، وهي إبطال الحرز ونقل المال ، وفيها ثلاثة أطراف :
- 472 (الطرف الأول) : في إبطال الحرز ، وهو إما بالنقب أو بفتح الباب ،
- 472 وفيه صور :
- 472 الصورة الأولى : لو نقب وعاد ليلة أخرى للإخراج ؟ .
- 472 لو أخرج المال غير الناقب - إما على الاتصال أو بعده - فلا قطع .
- 472 الصورة الثانية : إذا تعاون رجلان في النقب والإخراج جميعًا ؟ .
- 472 الصورة الثالثة : لو اشتركا في النقب ، وانفرد أحدهما بإخراج نصاب ؟ .
- 472 الصورة الرابعة : لو اشتركا في النقب ، ودخل أحدهما وأخرج المال إلى باب الحرز ؟ .
- 474 (الطرف الثاني) : في وجوه نقل المال ، وفيه صور :
- 474 الصورة الأولى : لو أرسل محجنًا ، وتعلق به في الحرز ثوبٌ أو آنية ؟ .
- 475 الصورة الثانية : لو نقب أسفل كندوج ، فأنصَبَ إلى خارج الحرز : قُطِع .
- الصورة الثالثة : لو كان في الحرز متاعٌ ودابةٌ ، فوضع المتاع على
- 475 ظهر الدابة فخرجت ؟ .
- 476 الصورة الرابعة : العبد الصغير ، إذا أخذه وحمله ؟ .
- 476 الصورة الخامسة : لو حمل حرًا وأخرجه من داره وعليه ثيابه ؟ .
- 477 لو نام على بعير وعليه أمتعته ، فجاء السارق وأخذ زمامه وأخرجه من القافلة ؟ .
- 477 (الطرف الثالث) : في المحل المنقول إليه .
- 477 لو نقل المتاع من زاوية البيت ؟ .
- 479 (الركن الثالث) : السارق .

يستوي في وجوب القطع : الحر والعبد ، والذكر والأنثى .

479

لا قطع على الصبي والمجنون .

479

هل يجب القطع على الذمي - أو المعاهد - إذا سرق ؟ .

479

لو سرق المسلم مال المعاهد ؟ .

479

لو زنى المعاهد بمسلمة ؟ .

(النظر الثاني من الكتاب) : في إثبات السرقة ، وثبت يمين مردودة ،

480

أو إقرار ، أو بينة .

480

(الحجة الأولى) : اليمين .

إذا أنكر السرقة وحلف : انقطعت الخصومة . وإن نكل ، وحلف المدعي :

480

ثبت الغرم وثبت القطع كما يثبت القصاص باليمين المردودة .

480

(الحجة الثانية) : الإقرار .

إن كان بعد الدعوى ثبت به القطع بشرط الإصرار ، فإن رجع لم يسقط الغرم ،

480

وفي سقوط الحد قولان .

إن رجع السارق بعد القطع فلا تدارك ، فإن رجع في أثناءه كف الجلاذ

481

عن البقية إن قلنا : يؤثر رجوعه .

481

إذا أقر السارق إقامة الدعوى ، فهل يقطع قبل حضور المالك وطلبه ؟ .

481

إذا أقر العبد - غير الحر - بالسرقة ؟ .

483

هل للقاضي أن يحث السارق على ستر السرقة أو الرجوع عن الإقرار ؟ .

484

(الحجة الثالثة للسرقة) : الشهادة ، ولا يثبت القطع إلا بشهادة رجلين .

إذا شهد رجل وامرأتان : ثبت الغرم دون القطع ، بخلاف ما لو شهدوا

484

على القتل العمد .

يُشترط التفصيل في الشهادة بالسرقة والإقرار بها وفي بينة الزنا ،

484

وهل يشترط في الإقرار بالزنا ؟ .

485

فرعان :

485

أحدهما : لو قامت شهادة حسبة على أنه سرق مال فلان الغائب ؟ .

الفرع الثاني : دعوى السارق الملك تدفع عنه القطع إذا لم تكن بينة .

486

فإن قامت البينة ؟ .

(النظر الثالث من الكتاب) : في بيان الواجب ، وهو : الغرم ،

والقطع ، والحسم ، والتعليق .

ردُّ العين واجبٌ بالاتفاق مع القطع .

مسألة : هل يضمن السارق ما سرقه إن تلف ؟ .

الواجب في القطع .

الحسم ، هو غمس محل القطع في الزيت المغلي لتسند أفواه العروق ،

وهو واجب للسارق .

التعليق ، هو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام للتنكيل .

فروع أربعة :

الأول : من سقطت يده اليمنى بأفة سماوية ، وسرق ؟ .

الثاني : لو بادر الجلاذ وقطع اليسرى ؟ .

الثالث : لو كانت على يده أصبعٌ زائدة ؟ .

الرابع : لو كان للمعصم كفَّان ؟ .

(الجناية السادسة) : قطع الطريق ، والنظر في صفة قطاع الطريق ،

وفي عقوبتهم ، وفي حكم العفو :

(النظر الأول) : في صفتهم .

يُعتبر في قطاع الطريق عندنا صفتان : النجدة ، والبُعْد عن محل الغوث .

الصفة الأولى : النجدة .

مسألة : هل يثبت حكم المحاربة للنساء إذا قطعن الطريق ؟ .

فرع : لو هجم على الرفاق قوم تستقل الرفقة بدفعهم من غير ضررٍ بَيْن ؟ .

الصفة الثانية : بُعْدُهم عن محل الغوث .

(النظر الثاني) : في العقوبة الواجبة ، وهي تتعلق بجرائمهم ، ولهم في الجرائم أحوال : 495

الحالة الأولى : أن يقتصر على أخذ ربع دينار فصاعدًا ؟ .

الحالة الثانية : أن يقتصر على القتل المجرد ؟ .

الحالة الثالثة : أن يقتصر على الإرعاب وتكثير الشوكة ، أو كان ردِّءًا للقوم ؟ .

مسألة : هل حكمُ الردء حكمُ المحارب ، أم عليه التعزير فقط ؟ .

الحالة الرابعة : أن يجمع بين الأخذ والقتل ؟ .

- 496 مسألة : هل يُصلَّى على قاطع الطريق ؟ .
- 497 عقوبة النفي .
- 498 (النظر الثالث) : في حكم العقوبة ، وله حكمان :
- 498 الحكم الأول : التوبة قبل الظفر .
- الحكم الثاني : القتل الذي يعاقب به قاطع الطريق ، ازدحم عليه حق
- 499 الله تعالى ولأجله تحتم وإن عفا ولي القتل .
- هل يثبت للقتيل حق مع حق الله تعالى ؟ للشافعي (رضي الله عنه)
- 500 فيه قولان ، وتظهر فائدته في خمس مسائل :
- 500 المسألة الأولى : لو قتل ذميًّا أو عبدًا أو أمة ؟ .
- 500 المسألة الثانية : إن مات القاتل ؟ .
- 500 المسألة الثالثة : إذا قتل جماعة ؟ .
- 500 المسألة الرابعة : لو عفا الولي على مال ؟ .
- 500 المسألة الخامسة : لو تاب قبل الظفر ؟ .
- 501 فروع :
- 501 الفرع الأول : إذا جرح المحارب جرحًا ساريًا ؟ أو واقفًا ؟ .
- 501 الفرع الثاني : يثبت قطع الطريق بشهادة أهل الرفقة .
- 501 الفرع الثالث : يُؤالَى بين قطع اليد والرجل ، بخلاف ما لو استحق يسراه
- 501 في القصاص ويمناه في السرقة .
- 501 الفرع الرابع : إذا اجتمعت عقوبات للآدميين ؟ .
- 502 إذا اجتمعت حدود الله تعالى ؟ .
- 504 (الجناية السابعة) : شرب الخمر ، والنظر في طرفين :
- (الطرف الأول) : الموجب ، يجب الجلد على كل ملتزم شرب
- 504 ما أسكر جنسه مختارًا من غير ضرورة أو عذر .
- 505 لا يجوز التداوي بالخمر في علاج الأمراض .
- 506 يجوز التداوي بالأعيان النجسة كلحم السرطان والحية .
- 507 الذمي لا يُعَدُّ بشرب الخمر وإن رضي بحكمنا .
- 508 الموجب - بقيوده - يجب أن يظهر للقاضي بشهادة رجلين أو إقرار صحيح .

- (الطرف الثاني) : في الواجب ، والنظر في قدره ، وكيفيته :
 509 النظر الأول : القدر : وهو أربعون جلدة .
 509 اختلاف الشافعية في شيئين :
 510 أحدهما : هل يكفي الضرب بالنعال وأطراف الثياب ؟ .
 510 الثاني : الإمام لو رأى أن يجلد ثمانين ، هل له ذلك ؟ .
 511 النظر الثاني : الكيفية ، والنظر في السوط ، ورفع اليد ، والضرب ، والزمان :
 512 لا تشد اليدان من المجلود ، ولا يُتَلَّ للجبين ، وتُضْرَب المرأة وهي جالسة .
 513 باب في التعزير ، والنظر في : الموجب ، والمستوفي ، والقدر ، وأصل الوجوب :
 513 الموجب : كل جناية سوى هذه السبعة .
 513 المستوفي : الإمام ، وليس ذلك للآحاد إلا الأب والسيد والزوج .
 أصل الموجب : ما يتمحض لحق الله تعالى فلا اجتهد فيه إلى الإمام ،
 514 أما المتعلق بحق الآدمي فلا يجوز إهمال أصله مع طلب المستحق .
 514 هل يجوز للإمام ترك الضرب والاقتصار على الزجر بالكلام إن رأى ذلك ؟ .
 515 قدر التعزير : لا مرد لأقله ، وأكثره محطوطٌ عن الحد .
 516 رأي الإمام مالك (رحمه الله) في قدر التعزير .
 كتاب موجبات الضمان ، والنظر في : ضمان الولاة ، وضمان الصائل ،
 517 وضمان ما أتلفته البهائم :
 519 (الباب الأول) : في ضمان الولاة ، والنظر في : موجب الضمان ، ومحلّه :
 النظر الأول : الموجب ، والصادر عن الإمام : إما تعزير ، وإما حدّ ،
 519 أو استصلاح :
 519 التعزير ، مهما سرى وجب الضمان .
 519 الحدود مقدرة فيما عدا الشرب ، فإذا اقتصر فمات ، قلنا : الحق قَتْلُهُ .
 519 أما إذا مال الإمام عن المشروع ؟ .
 522 مَنْ به أَلَمٌ لا يطيقه ، ليس له أن يُهْلِكَ نفسه .
 الوالي والولي ليس لهما إجبارُ العاقل في قطع السلعة ، فإن فعلوا
 522 وجب القصاص .
 الختان ، مستحق عند الشافعي (رضي الله عنه) في الرجال والنساء ،

- 523 وأول وجوبه بالبلوغ .
- 524 (النظر الثاني) : في محل الضمان .
- الإمام كسائر الناس فيما يتعاطاه لا في معرض الحكم ، أو في معرض الحكم
- 524 على خلاف الشرع عمدًا .
- 524 إذا بذل الإمام الممكن في الاجتهاد فأخطأ ، ففي الضمان قولان .
- 524 إذا قضى بقول عبيدين أو كافرين أو صبيين ؟ .
- 525 الجلاذ لا ضمان عليه .
- 526 لو قتل حرَّ عبدًا ، وأمر الإمام بقتله والجلاذ شافعي ؟ .
- 528 الباب الثاني : في دفع الصائل ، والنظر في : المدفوع ، والمدفوع عنه ، وكيفية الدفع .
- 528 (النظر الأول) : المدفوع .
- 528 اختلاف الشافعية في مسألتين :
- المسألة الأولى : جرة تدهورت من سطح أو جدار مُطِلٌّ على رأس إنسان ،
- 528 فدفعها فكسرها ؟ .
- المسألة الثانية : إذا اضطر إلى طعام في بيته ، وعلى بابه بهيمة صائلة
- 529 لا تندفع إلا بالقتل ؟ .
- 529 لا يجوز الاستسلام إن كان الصائل بهيمة أو ذميًا .
- 529 إن كان الصائل مسلمًا محقونًا ؟ .
- 529 هل يجوز الاستسلام إن كان الصائل صبيًا أو مجنونًا ؟ .
- 530 (النظر الثاني) : المدفوع عنه ، وله ثلاث مراتب :
- 530 المرتبة الأولى : ما يُخْصُّه ، وهو كل حق معصوم : من نفس ، وبضع ، ومال .
- 530 المرتبة الثانية : ما يخص الغير وهو يقدر على دفعه .
- 530 المرتبة الثالثة : ما يتعلق بمحض حق الله تعالى .
- 531 (النظر الثالث) : كيفية الدفع ، يجب فيه التدريج .
- 531 لو رأى من يزني بامرأة ؟ .
- 531 مسائل على قاعدة التدريج :
- 531 المسألة الأولى : لو قدر المصوّل عليه على الهرب ؟ .
- 531 المسألة الثانية : لو غَضَّ يَدَ إنسان ؟ .

- 532 المسألة الثالثة : إذا نظر إلى حرم إنسان من صير الباب أو كوة الدار عمدًا ؟ .
- 534 الباب الثالث : فيما تتلفه البهائم ، وفيه فصلان :
- 534 (الفصل الأول) : أن لا يكون معها مال كها .
- 534 إذا انسرحت في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن انسرحت ليلاً ضمن .
- فرعان :
- 536 أحدهما : يُعذر الراعي في الغفلة عن البهائم إذا سرحت بعيدة من المزارع نهارًا .
- 536 الثاني : لو سرحها ليلاً ، فدخلت البساتين - وأبوابها مفتوحة - لم يضمن .
- 537 (الفصل الثاني) : أن يكون معها مال كها .
- يضمن المالك ما أتلفته يديها إذا خبطت ، وبرجليها إذا رمحت ،
- وبفيها إذا عضت .
- 537 الضرر الذي ينشأ من رشاش الوحل وانتشار الغبار إلى الفواكه بسبب الدابة ؟ .
- 538 فروع :
- 538 الفرع الأول : لو أفلتت الدابة ليلاً عن الرباط ؟ .
- 538 الفرع الثاني : لو تخرق ثوب إنسان بحطب على دابة ؟ .
- 538 الفرع الثالث : إذا أدخل الدابة مزرعة ، فأخرجها صاحب المزرعة ،
- فانسرحت في مزرعة غيره ؟ .
- 538 الفرع الرابع : الهرة المملوكة إذا قتلت طير إنسان ، أو قلبت قدره ؟ .
- 539 الفرع الخامس : الهرة الضارية بالطيور والإفساد أو تنجيس الثياب ،
- هل يجوز قتلها في حال سكونها ؟ .
- 541 فهرس محتويات المجلد السادس .